This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

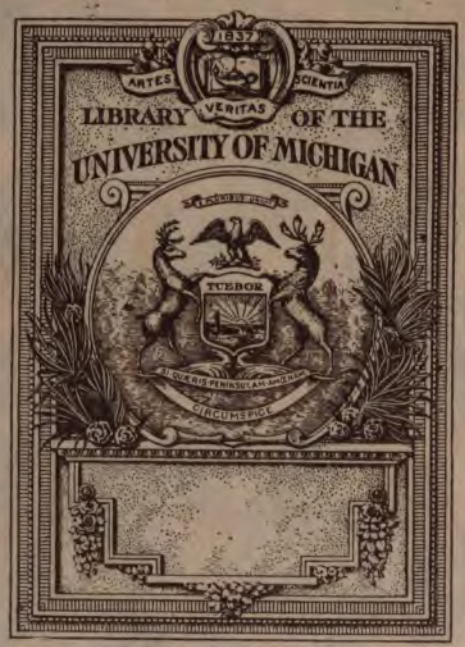
+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

A 449670


1837
ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
SI QUAERIS PENINSULAM AMOENAM
CIRCUMSPICE

JF
423
.A47

UNE NOUVELLE CONCEPTION

DES

ÉTUDES JURIDIQUES

ET DE LA

CODIFICATION DU DROIT CIVIL

BIBLIOTHÈQUE INTERNATIONALE DE L'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR
PUBLIÉE SOUS LA DIRECTION DE M. FRANÇOIS PICAVET
VOL. IX

UNE NOUVELLE CONCEPTION DES ÉTUDES JURIDIQUES ET DE LA CODIFICATION DU DROIT CIVIL

PAR

Alexandre ALVAREZ
Docteur en droit de la Faculté de Paris
Diplômé de l'Ecole des Sciences politiques
Professeur de Législation civile comparée
à l'Université de Santiago du Chili

AVEC UNE PRÉFACE DE

M. Jacques FLACH
Professeur d'histoire des Législations comparées
au Collège de France
Professeur à l'Ecole des Sciences politiques

PARIS
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE
Anciennes Librairies Chevalier-Marescq et Cie et F. Pichon réunies
F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS
Librairie du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée
20, RUE SOUFFLOT, 20

1904

PRÉFACE

La France se dispose à célébrer le centenaire de la promulgation du Code civil. Cette fête ne sera pas une simple commémoration, elle marquera une étape. Il ne suffira pas de se demander quels avantages et quels fruits la société issue de la Révolution française a dus à ce grand monument législatif, il faudra considérer aussi les entraves qu'il a opposées à son libre développement organique et envisager les devoirs de révision et de réforme qui s'imposent à la démocratie moderne. Grand et redoutable problème, que la France n'est pas seule à se poser. Il dépasse de beaucoup nos frontières, il intéresse le nouveau monde et l'ancien, qui ont subi tous deux l'influence profonde de nos idées politiques et de nos lois civiles. Aussi ne s'étonnera-t-on pas de voir un juriste étranger, initié directement à notre culture scientifique, embrasser le sujet dans toute son ampleur, d'un point de vue qu'on peut appeler universel. Son remarquable travail a d'autant plus de mérite qu'il est écrit en une langue qui n'est pas la langue maternelle de l'auteur et que cette circonstance, si elle rend parfois le style moins alerte,

363160

n'enlève rien à la forte originalité de la pensée et ne dépare d'aucune manière la profondeur de la réflexion.

M. Alvarez remonte, à bon droit, jusqu'aux publicistes du XVIIIe siècle et il note chez eux comme idées directrices, maîtresses jusqu'à en être obsédantes, l'individualisme et le culte de la raison pure. Au fond, ils subissaient l'action réflexe d'un but à atteindre. Ils étaient entraînés ou subjugués par l'aspiration irrésistible de leur âge à l'affranchissement de la personnalité humaine, à sa délivrance des liens tyranniques dont l'enlaçait l'Etat royal. Le roi n'était-il pas le principe et la source de la loi, de la justice, de la félicité publique, bien plus, le maître de la conscience ?

Aujourd'hui, après un siècle d'individualisme effréné et d'abstraction rationaliste, l'esprit public en revient à vouloir subordonner l'individu à la société et finalement absorber le droit privé dans le droit social, la personnalité dans la collectivité. Que la base du droit individuel soit dans l'organisme social, que la solidarité soit le principe fondamental de tout le système juridique d'un pays de démocratie, rien de plus acceptable ; mais qui parlera au nom de l'organisme social ? qui en dictera les lois ? la majorité des citoyens ? ne sera ce pas alors la volonté du grand nombre substituée à la volonté unique du souverain ? l'une aussi faillible que l'autre. A parler vrai, ce que

nous qualifions organisme social n'est qu'une résultante, dont tous les éléments constitutifs ont leur vie propre et sont dans une dépendance réciproque ; vie qui, en arrière, plonge ses racines dans l'histoire, qui, autour de nous, les plonge dans le monde qui nous englobe. Ce n'est ni la génération présente, ni le corps de nation, c'est l'ensemble des générations et c'est la société humaine tout entière qui forme le tréfonds où les institutions et les lois comme les mœurs et les idées puisent leur sève et leur principe de vie.

Le droit privé ne saurait donc pas plus être régenté par une volonté souveraine que ne le peuvent être la conscience des hommes, leur littérature et leur art. Il doit évoluer suivant la force interne qu'il porte en lui, ou dont, plus exactement, il est la manifestation extérieure. L'intervention du souverain, que vous l'appelliez roi, nation ou société, ne doit être qu'une intervention pondératrice. C'est le régulateur de la machine, qui prévient les heurts ou les déviations, les arrêts ou les brusques soubresauts. Qu'il s'inspire pour cela de la solidarité, où l'Ecole phalanstérienne voyait déjà *une loi de nature* (1), j'y souscris ;

(1) « Solidarité, écrivait un ancien saint-simonien passé au fouriérisme, *c'est la loi de nature*. Qu'elle devienne aussi la règle des rapports sociaux ! C'est ce que Fourier a voulu, c'est ee qu'il a donné les moyens de réaliser sur notre globe, pour le bonheur de l'humanité entière. Solidarité entre tous les individus, entre toutes les classes, entre tous les peuples ! Solidarité même entre les générations qui se succèdent sur la terre ! voilà, en effet, le grand principe » (PELLARIN, extrait de la *Phalange*, n° du 8 avril 1842).

qu'il en fasse le principe du droit public et du droit privé, je n'y contredis pas, mais à condition d'entendre ce principe comme Domat entendait l'*ordre naturel,* la base religieuse sur laquelle il appuyait ses « Loix civiles », comme Bossuet expliquait l'histoire par la volonté providentielle, comme Joseph de Maistre a pu être dit le « prophète du passé ». C'est un *a posteriori,* ce n'est pas un *a priori.* C'est le droit existant, le droit né de la société et avec elle, qui se trouve ramené à sa source, ce n'est pas une création de toute pièce, sur cette base, d'un système juridique allant du droit de famille jusqu'aux obligations.

En résumé, laissons le droit se mouvoir et se transformer aussi librement que possible, aidons, éclairons, rectifions de notre mieux sa marche, en nous efforçant d'acquérir une intelligence de plus en plus lucide de ce qu'est et de ce que doit être la société humaine, une conscience de plus en plus parfaite des devoirs de l'individu envers elle, comme des devoirs de la collectivité envers l'individu, en poursuivant enfin un idéal de plus en plus élevé de culture intellectuelle et de fraternité humaine. Codifions le moins que nous le pourrons, ne légiférons pas tant pour innover que pour consolider et coordonner, laissons la coutume naître, vivre, évoluer, accordons une grande marge à la jurisprudence, source vive, régulatrice de la coutume, et formons pour cela dans nos Ecoles, par la large compréhension du développe-

ment historique des diverses sociétés en lesquelles l'humanité se partage, non seulement des magistrats mais des citoyens qui possèdent au plus haut point cette intelligence et cette conscience sociale dont je viens de parler. Par quels moyens y réussirons-nous ? C'est ce que M. Alvarez a recherché avec un réel talent, c'est ce que sauront trouver définitivement les esprits d'élite qui assumeront la noble tâche de régénérer, comme il doit l'être, notre enseignement juridique, s'ils lui rendent son libre essor dans le temps et dans l'espace (1).

JACQUES FLACH.

(1) Cette préface a été publiée dans la *Revue internationale de l'Enseignement* du 15 juin 1904.

INTRODUCTION

Les sciences juridiques et politiques ont une influence indéniable sur les destinées des Etats. Elles sont en effet une discipline non seulement pour les gouvernants mais encore pour les gouvernés. Ceux-ci ne participent-ils pas nécessairement par leur vote à la direction des affaires du pays, et leur état d'esprit ne constitue-t-il pas, en se synthètisant, l'opinion publique ?

La direction à imprimer à ces études est en conséquence une question d'une importance capitale au point de vue social. Cet enseignement, pour produire tous ses fruits, doit s'inspirer des besoins et des tendances de notre époque, toute science sociale se modifiant avec l'état social lui-même. On l'a compris pour l'étude de toutes les sciences sociales en général. Seule l'étude du droit privé codifié fait exception. On fait remarquer à ce sujet qu'il n'est pas progressif, et que, même s'il l'était, on n'aurait pas à en tenir compte, un code devant toujours être appliqué à la lettre tant qu'il n'a pas subi de modification législative.

Or, dans tous les pays où le droit est codifié, on remarque, une discordance croissante, d'une part entre les principes inscrits dans les codes, et les applications qu'en fait la jurisprudence, de l'autre entre ces applications et les besoins sociaux qui naissent de la vie

moderne. Le droit n'est plus alors conforme à l'équité ; il s'oppose même parfois à elle. Comment alors s'étonner si législateurs et juges voient de ce fait leur prestige s'amoindrir ?

Dans les pays où le droit n'est pas codifié, en est-il autrement ? Si oui, la codification est-elle cause de cet état de choses ? Est-ce plutôt une méthode vicieuse d'interprétation et d'application des textes codifiés ? Ces deux raisons ne seraient-elle pas également valables ?

Nous avons insisté sur l'importance du problème ; nous tenterons, après l'avoir posé, de le résoudre : cette recherche est d'autant plus nécessaire que le mal dont nous venons d'indiquer les effets, va chaque jour s'aggravant.

PREMIÈRE PARTIE

LA CODIFICATION FRANÇAISE. SES BASES. SES PRINCIPES. SON ACTION

CHAPITRE PREMIER

INFLUENCE DES DOCTRINES PHILOSOPHIQUES DU XVIIIe SIÈCLE SUR LA LÉGISLATION FRANÇAISE DE L'ÉPOQUE RÉVOLUTIONNAIRE

I

Une des caractéristiques du XVIIIe siècle, en France, est le développement de l'esprit philosophique, de l'*esprit classique*. Il y a à cela beaucoup de causes (1). La société est alors en quête de principes lui permettant de se réorganiser sur des bases nouvelles. La philosophie précisément par ce motif devient *sociale;* tout philosophe se double d'un publiciste.

D'un autre côté, les économistes de l'époque étudient simultanément l'économie politique et le droit (2).

Voilà pourquoi les doctrines des philosophes et des

(1) J.-E.-M. Portalis, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIIIe siècle*, 3e édition, Paris, 1834, chap. I à IX.

(2) Turgot est le premier à cette époque qui a séparé l'étude de l'économie politique de celle du droit (voyez Cossa, *Histoire des doctrines économiques*, traduction française Paris, 1899, page 278.

économistes du XVIIIe siècle ont exercé une influence considérable sur le droit de l'époque postérieure.

Tous sont imbus de l'ancienne idée de droit naturel, idée qu'ils ont fortifiée et développée. Ils croient aussi, et ils innovent à ce point de vue, à l'existence d'un ordre naturel qui régit la société et dont il faut découvrir le mécanisme. Les économistes prennent cet ordre pour point de départ de leurs spéculations et toute l'économie politique se résout pour eux dans la constatation des lois qui régissent nécessairement l'ensemble des faits économiques en dehors de toute considération de temps et de lieu.

Les philosophes partent aussi de cette idée d'ordre naturel qui se retrouve au fond de leurs spéculations : Montesquieu s'attaque aux études historiques et juridiques pour en extraire la philosophie ; Condorcet recherche également la philosophie de l'histoire ; et apercevant déjà l'évolution des sociétés il croit au progrès indéfini ; Diderot et d'Alembert tentent une synthèse des connaissances humaines.

Leur méthode d'investigation est en harmonie avec l'idée d'ordre naturel et avec l'état social de l'époque. Elle combine, à dose variable, l'*observation*, le *raisonnement* et l'*idéalisme*.

Les philosophes ont étudié l'antiquité et les temps modernes ; ils ont également observé la société dans laquelle ils vivaient et cet examen est même la caractéristique de leur doctrine ; mais le point de départ de leurs spéculations tendant à réaliser un idéal social, n'est pas l'observation : c'est une conception *a priori* de la société et de la nature humaine. Leur méthode les conduit à renier le passé et à considérer que, bien loin d'enfanter l'avenir, il s'oppose à sa venue ; l'anéantissement du passé devient alors, à leur sens, la condition

même du progrès et ils attendent tout de l'avenir qui devra réaliser les conceptions de la raison.

La raison est pour eux omnipotente ; il leur semble qu'elle peut accomplir ce qu'elle est apte à concevoir ; c'est, en conséquence, d'elle seulement qu'ils attendent la réorganisation sociale qu'ils rêvent. Ils sont donc révolutionnaires et veulent une société nouvelle réédifiée sur des principes nouveaux purement rationnels. Leur doctrine prend ainsi une allure dogmatique et s'érige en religion.

La philosophie sociale du XVIIIe siècle cherche à faire prévaloir une idée qui l'inspire : l'*individualisme*, c'est-à-dire l'affranchissement aussi complet que possible de la personne humaine (1). Il est né, des spéculations de la raison, hostile à l'état politique et économique d'alors dont les principales caractéristiques sont le despotisme royal, l'inégalité de condition des personnes et du régime de la propriété foncière, les entraves apportées à la liberté du travail, du commerce et de l'industrie, la fiscalité oppressive et les théories mercantiles et protectionnistes. Cet individualisme, remarquons-le bien, ne s'oppose pas à l'intervention de l'Etat dont l'influence doit au contraire s'exercer pour mieux assurer le développement des facultés de l'individu.

II

Les idées juridiques des philosophes et économistes sont en harmonie avec l'individualisme et avec la méthode rationnelle et idéaliste.

(1) Sur la façon dont l'individualisme se dégage de la doctrine des nomistes, cf. HENRY MICHEL, *L'idée de l'Etat*, Paris, pages 30 à 89

La notion de l'individu et de la propriété est à la base de l'organisation sociale. L'homme est toujours supposé vivant isolé, sans relation avec ses semblables et jouissant à l'état de nature d'une liberté quasi-illimitée. Les rapports humains n'existent que par la volonté des individus, non en vertu des liens qui les unissent les uns aux autres. Ils attribuent une grande importance à la vie en société ; ils n'en pensent pas moins que la fin dernière de la société, c'est l'individu.

Dès lors le respect pour la personne humaine, c'est-à-dire les droits de l'individu et de propriété sont le double mais l'unique fondement rationnel du droit et leur garantie le but suprême de la législation positive.

Ils déclarent enfin que la loi doit être l'unique source du droit positif et gouverner normalement la société ; elle n'est autre chose qu'une concrétisation de la raison humaine dans chaque hypothèse particulière qu'il convient spécialement d'envisager (1). La législation doit conséquemment être uniforme, simple, s'inspirer de principes rationalistes et se traduire en formules concises (2).

III

Ils distinguent dans leur doctrine le droit public du droit privé. Celui-là a été le principal et presque l'unique sujet de leurs préoccupations, ce qu'explique l'état politique et social de l'époque. Le droit privé a été plus spécialement traité par les économistes.

(1) Cf. Rousseau, *Contrat social*, livre II, chapitre XI, et Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre I, chapitre III.

(2) Mably, il est vrai, a protesté contre cette idée que la législation doit s'exprimer avec « une majestueuse brièveté ». Cf. à cet effet, « De la législation ou principes des lois » dans la *Collection complète des Œuvres de l'abbé Mably*. Paris, 1794-1795, t. IX, p. 296

En matière de droit public, les philosophes-publicistes veulent, avons-nous dit, reconstituer la société sur des bases tout à fait nouvelles, en ce sens qu'elles n'émanent que de la pure raison. Ces bases nouvelles qu'ils ont très nettement formulées, sont la propriété libre et individuelle, la garantie des droits de l'homme, la souveraineté populaire, la séparation des pouvoirs publics. Ils s'inspirent de l'intérêt général pour réédifier la société, mais l'intérêt général n'est lui-même sauvegardé qu'autant que l'individu jouit de tous les droits inhérents à sa personne.

Les philosophes, en tant qu'ils ont abordé les problèmes du droit privé, raisonnent de façon un peu différente. La liberté de l'individu est toujours l'idéal auquel le droit doit atteindre ; mais l'homme ne leur paraît pouvoir agir que mû par son propre intérêt, non par l'intérêt social. Le droit privé doit donc édicter les règles grâce auxquelles la liberté de chacun pourra coexister avec la liberté de tous. C'est ce qu'on appelle les relations de *coexistence*.

Le législateur n'a donc pas à apprécier le degré de moralité des actes de chacun : il doit lui suffire que la liberté d'autrui n'ait pas à en souffrir.

Les philosophes sont ici moins hostiles à la tradition et ne prétendent pas créer le droit privé de toutes pièces. Le droit romain, le droit canonique, le droit féodal, leur paraissent surannés ; mais le droit coutumier, qui leur semble s'inspirer davantage des nécessités sociales présentes, trouve, grâce à leurs yeux. Sur ce point ils ne sont d'ailleurs pas d'accord avec les légistes qui restent attachés à toute l'ancienne législation. En revanche, ils considèrent comme eux que l'avantage de la codification serait d'introduire dans tout le royaume l'unité de législation (1).

(1) VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique* (Edition Garnier),

S'ils formulent les règles dont doit s'inspirer le législateur en édifiant son œuvre (1), ils ne se demandent pas comment la loi une fois cristallisée dans les textes s'adaptera aux nouvelles nécessités d'un état social qui va sans cesse se transformant. Ils étaient d'ailleurs conséquents avec eux mêmes : d'après eux, la loi est l'unique règle de la société ; elle n'a donc pas à s'inquiéter des transformations que celle-ci peut avoir à subir.

IV

Les hommes de la Révolution étaient très imbus des idées des philosophes et des économistes du XVIIIe siècle.

Ils étaient unanimes à penser avec les philosophes qu'il fallait renverser l'ancien régime et le remplacer par un autre dans lequel la loi s'inspirerait de principes rationalistes pour constituer le régime normal (2).

En ce qui concerne le droit public, l'œuvre était aisée : la Révolution, en consacrant les nouveaux principes, n'avait pas à s'affranchir d'un corps de doctrines justifiant l'ancien état de choses. Cette œuvre présentait néanmoins des difficultés pour ce qui touchait au régime de la propriété qui à cette époque, plus qu'à aucune autre, constituait un problème à la fois politique et

t. III, pp. 614, 619 et 626. Cf. DIDEROT, *Œuvres complètes* (édition Garnier), t. IV.

(1) MONTESQUIEU, *Op. cit.*, livre XXIX, ch. XVI à XIX; cf. MABLY, *op. cit.*, livre III, chap. III, dans la *Collection complète des Œuvres de l'abbé Mably*. Paris, 1794 1795, t. IX.

(2) Ce point a été très bien vu par Michelet, qui a dit : « Je définis la Révolution, l'avènement de la loi, la résurrection du droit, la réaction de la justice » (*Histoire de la Révolution française*, t. I, Introduction).

rentrant à ce titre dans le droit public, et économique compris comme tel dans le droit privé. Il s'agissait, en effet, d'affranchir la propriété des charges féodales qui pesaient sur elle et d'en faire la pierre d'assise de la nouvelle organisation politique et économique.

La Révolution détruisit donc l'ancien régime et créa de toutes pièces dans ses Constitutions une organisation politique nouvelle reposant sur les principes de la propriété libre et individuelle, les droits de l'homme, la souveraineté populaire et la séparation des pouvoirs. Le nouvel état de choses n'avait aucun fondement traditionnel. L'individualisme, le rationalisme et l'idéalisme ont ici triomphé. Le triomphe de l'individualisme n'est d'ailleurs nullement incompatible avec la reconnaissance de l'omnipotence de l'état qui n'est souverain que pour assurer à chaque citoyen un maximum de liberté.

Il devait en être autrement du droit privé. Le principe de la codification et par suite de l'unification du droit était partout admis ; il n'était d'ailleurs pas nouveau en Europe puisque plusieurs Etats avaient déjà leur droit civil codifié (1). La royauté avait tenté de procéder à la codification du droit francais ; elle avait échoué pour des motifs d'ordre politique et social (2). Les obstacles se trouvant aplanis au lendemain de la Révolution dont le caractère était à la fois politique et social, plusieurs particuliers présentèrent des projets de codification aux Assemblées législatives de l'époque (3).

Mais dès qu'il s'agit non plus de l'opportunité de l'idée mais de la manière dont la codification devait

(1) Cf. Planiol, article « Code civil » dans la *Grande Encyclopédie*, p. 794, et du même auteur, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, n° 125 et Glasson, « La codification en Europe au xixe siècle » dans la *Revue politique et parlementaire*, 1894, t. II, p. 201-202.

(2) Cf. à ce sujet Sagnac, *La législation civile de la Révolution française*, introduction, chap. I.

(3) Sagnac, *op. cit.*, pages 46 et suiv.

s'opérer, l'accord devait cesser et juristes et philosophes ne s'entendirent plus. La lutte fut d'ailleurs plus ou moins vive selon les diverses périodes de l'époque révolutionnaire : sous l'Assemblée constituante, elle prend un caractère aigu, aussi les lois de cette époque sont-elles transactionnelles ; sous l'Assemblée législative, le traditionalisme perd du terrain ; sous la Convention, le rationalisme triomphe complètement : toutes les législations antérieures sont traitées de barbares, et le rationalisme est tellement en crédit qu'on veut réduire les Codes à un minimum de dispositions, par crainte d'entraver la libre activité de l'individu.

Un comité de législation ayant été chargé de rédiger un projet de Code civil, c'est Cambacérès qui le présenta à la Convention. Il rappelle dans son rapport les principes qui ont inspiré le projet, et il est aisé de se rendre ainsi compte de l'exagération de la tendance philosophique de ce temps. Cambacérès parle, en effet, dans son rapport de *la terre ferme des lois de la nature* et *du sol vierge de la République*.

Il veut que les lois ne soient ni peu nombreuses, ni trop nombreuses, la concision en pareille matière devant être recherchée. Il n'est besoin que d'un petit nombre de textes légaux qui doivent énoncer les principes généraux.

« Le législateur ne doit pas aspirer à tout dire ; mais, après avoir posé des principes féconds qui écartent d'avance beaucoup de doutes, il doit saisir des développements qui laissent subsister peu de questions. » Les lois, ajoute-t-il, doivent être rédigées clairement et avec précision (1).

Malgré le nombre restreint des dispositions contenues

(1) FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. I, pp. 2 et 3.

dans ce Code, la Convention le jugea trop compliqué, insuffisamment novateur et trop peu philosophique (1), et elle chargea par un décret du 3 novembre 1793 (2) une commission de philosophes de préparer un Code conçu selon les nouvelles idées. Le décret ne fut d'ailleurs pas exécuté.

Une nouvelle commission fut ensuite nommée pour rédiger un autre projet qui fut également présenté par Cambacérès. Dans un second rapport il se borne à déclarer, lorsqu'il énonce les principes dont la nouvelle codification s'inspire, que ses lois ne seront que « le Code de la nature, sanctionné par la raison et garanti par la liberté » (3). Ce second projet ne fut pas adopté non plus : on lui reprocha d'être une table des matières plutôt qu'un Code des lois civiles (4).

Toutes les lois votées par la Convention s'inspirent de l'idée d'unification. Le droit romain et le droit canonique sont dédaignés ; en revanche, on se sert des dispositions du droit coutumier pour les adapter au nouvel état de choses de l'époque.

Dès 1795 les idées essentiellement philosophiques de la Convention perdent de sa faveur. On souhaite un Code plus détaillé que les projets qui l'ont précédé, et on lui demande de se référer à l'ensemble de la législation antérieure. Il y a une réaction visible dans le sens de la tradition, et le rationalisme perd du terrain. Cambacérès dans son troisième projet traduit cet état d'esprit (5).

Tous les projets de l'époque révolutionnaire sont

(1) Edgard Quinet, *La Révolution* (édition du Centenaire de 1789), t. II, livre XV, n° II.
(2) Sirey, *Lois annotées*, t. I, p. 273.
(3) Fenet, *op. cit.*, t. I, p. 109.
(4) Fenet, *op. cit.*, t. I, p. XLVII.
(5) Fenet, *op. cit.*, t. I, pp. 141-142 et 175-176.

de mieux en mieux rédigés ; leur méthode, leur clarté et leur précision dénotent un progrès sensible de la pensée juridique, progrès dû, en grande partie, aux écrits des philosophes dont les ouvrages étaient précisément remarquables par ces qualités.

V

Durant toute la période révolutionnaire, nul ne met en doute que la loi ne doive être l'unique source du droit ; mais nul, par contre, ne se préoccupe de la manière dont on assurera l'harmonie entre le droit codifié et les progrès de la vie sociale.

S'imaginait-on qu'une fois le droit codifié, la société saurait adapter ses besoins à ses lois et que la vie juridique s'arrêterait cristallisée sous forme de textes immuables, ou bien croyait-on que ce serait au législateur de l'avenir à résoudre le problème par le moyen de revisions périodiques ? Les travaux législatifs de l'époque ne nous renseignent pas sur ce point.

Dans le premier projet qu'il présente à la Convention, Cambacérès paraît s'être préoccupé de la question et avoir tenté de la trancher. Il veut, en effet, comme c'était du reste l'idée dominante à l'époque, que la codification se borne à fixer des principes généraux féconds en conséquences. Il semble vouloir dire que la loi doit seulement jeter les bases juridiques sur lesquelles tout le droit s'édifiera par l'effet d'un développement spontané. C'eût été là une solution satisfaisante tant au point de vue théorique qu'au point de vue pratique. Malheureusement il n'en est rien : l'idée n'a pas été élaborée, ni même nettement formulée. On croit au contraire à cette époque, par réaction contre les excès de l'ancien régime, que le droit n'a pas à se développer spontanément ; on

prétend réduire le juge au rôle de simple interprète des textes légaux, et on lui refuse toute latitude pour transformer les anciennes règles juridiques ou en créer de nouvelles.

CHAPITRE II

INFLUENCE DES DOCTRINES PHILOSOPHIQUES ET ÉCONOMIQUES DU XVIIIe SIÈCLE SUR LES BASES ET LES PRINCIPES QUI ONT SERVI A L'ÉLABORATION DE LA CODIFICATION ACTUELLE.

I

La période du Consulat inaugure véritablement l'ère définitive de la codification des lois françaises.

Napoléon fait servir son autorité et son prestige à l'accomplissement de cette œuvre. Il y voit non seulement une nécessité sociale, mais un moyen politique de consolider le nouvel état de choses. Le temps était favorable à l'accomplissement d'une œuvre à laquelle s'étaient opposés, pendant la Révolution, les troubles politiques de l'époque et le désaccord entre les esprits juridique et philosophique, touchant les bases et les principes qui devaient être ceux de la nouvelle législation.

On ne peut bien comprendre ce qu'est cette codification, les idées dont elle s'inspire et l'influence qu'ont exercée sur elle les philosophes du siècle précédent, (1) qu'en se reportant à l'état politique, économique et social de la France à cette époque.

(1) On n'a pas encore étudié jusqu'à ce jour l'influence exercée par les philosophes du XVIIIe siècle sur la codification du droit privé. Le lecteur ne doit pas se laisser induire en erreur par le titre de certains ouvrages comme celui de LERMINIER, qui est intitulé : *De l'influence de la philosophie du dix-huitième siècle sur la législation et la sociabilité du dix-neuvième*, Paris, 1833.

L'ancien régime avait disparu : un nouveau régime politique s'était substitué à lui et commençait déjà à s'affermir.

Le nouvel ordre politique a été établi sur les principes nouveaux au nom desquels la Révolution a été faite. On a pu s'en tenir aux conceptions qui dominaient à l'époque révolutionnaire, c'est-à-dire faire de toutes pièces une œuvre nouvelle, s'inspirant de la raison et de principes abstraits. Cela s'explique parce que les transformations politiques ne touchent pas de très près aux relations juridiques des individus. On n'a d'ailleurs même pas songé à codifier à cet époque le droit public, en particulier le droit administratif. On ne s'en étonnera pas si l'on songe que cette branche du droit n'existait pas et ne pouvait d'ailleurs exister dans l'ancienne France. Si la Révolution lui avait permis de prendre naissance, elle était encore de date trop récente, et n'avait pas pu faute de temps être suffisamment élaborée (1).

Le despotisme impérial et le suffrage censitaire sont deux faits qui donneront une idée de la situation politique de l'époque.

Si l'on veut maintenant se rendre compte de son état économique et social, on constate que le régime existant est celui de la petite industrie. La population est plutôt agricole ; la propriété mobilière n'existe presque pas. Les rapports entre individus sont en *nombre relativement restreint ; ils ont un caractère tout à fait individualiste, bien délimité, essentiellement national* et *ne se modifient que très insensiblement*. Il n'y a pas de question sociale à résoudre mais uniquement une question de paupérisme, relevant de l'assistance. Les ouvriers ne

(1) Cf. sur cette matière Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 7e édition, 1897, t. I, préface nos I et II.

réclament donc pas de code du travail ; du reste, leur condition ne préoccupe personne, ni le gouvernement, ni la société, ni même la littérature. Les ouvriers ne constituent pas de parti politique, et restent disséminés par toute la surface du pays.

Il résulte de ces observations, que la question de la codification du droit privé se pose pour le législateur de la manière suivante :

1° A l'inverse de ce qu'il a fait pour le droit public, il ne peut s'inspirer dans l'élaboration de cette matière de principes exclusivement rationnels. Le droit privé règle les rapports entre individus ; il est donc impossible de faire table rase du passé. Hommes de loi et législateurs sont donc d'accord pour renouer l'œuvre du passé, mais ils veulent la mettre d'accord avec les nouveaux principes proclamés par la Révolution, notamment celui de la propriété libre de toute charge féodale. On n'admet non plus aucune des inégalités consacrées par l'ancien droit à raison des personnes ou des choses. On est d'accord aussi pour faire de la nouvelle législation une œuvre de transaction entre les deux régimes de législation de l'ancien droit. On ne discutera que pour savoir lequel des deux doit avoir la prédominance.

2° L'unification et la simplification du droit doivent être poursuivies conformément aux principes de l'individualisme pour être en harmonie avec les autres institutions issues de la Révolution. L'individualisme ne gouvernera donc pas seulement les rapports entre les individus et l'Etat, mais encore des individus entre eux. Les règles du droit patrimonial seront individualistes à un double point de vue : parce qu'elles s'inspireront de l'intérêt individuel, et non de l'intérêt social ; et parce que les individus dans leurs rapports seront considérés comme s'ils vivaient isolés les uns des autres ;

3° Les règles de la nouvelle législation n'auront plus

une excessive brièveté et comporteront certains développements clairs et précis.

En résumé, on peut voir combien a été grande l'influence de la philosophie du XVIIIe siècle sur la législation du XIXe.

Pour bien comprendre tout ce qui vient d'être dit, en même temps que l'œuvre du législateur de l'an VIII, il faut que nous considérions successivement : 1° *Les bases sur lesquelles repose la codification ;* 2° *Les principes dont elle s'inspire pour réglementer les droits patrimoniaux et ceux de la famille.*

II

Les bases de la codification tendent à unifier et à simplifier le droit pour le rendre clair et précis, en même temps qu'à supprimer les inconvénients de l'ancien système de législation à cet égard. Elles ne gouvernent pas, il importe de le remarquer, le droit public, et étaient inconnues dans l'ancien droit. Voici nous semble-t-il celles sur lesquelles il convient d'insister.

1° *La loi est l'unique règle des rapports juridiques ; elle est édictée par le pouvoir législatif et subsiste tant qu'elle n'est pas abrogée. Le Code civil aura donc à régir l'ensemble des rapports du droit civil, en coordonnant en un tout harmonieux et systématique les diverses institutions juridiques comprises dans ce droit.*

La commission du gouvernement qui a préparé le projet de Code civil a réagi contre la tendance de l'époque révolutionnaire aux codifications trop concises. Portalis dans le discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement, s'exprime ainsi : « A l'ouverture de nos conférences, nous avons été frappés de l'opinion, si géné-

ralement répandue, que, dans la rédaction d'un Code civil, quelques textes bien précis sur chaque matière peuvent suffire, et que le grand art est de tout simplifier en prévoyant tout » (1).

Les auteurs du Code civil, quoique dédaigneux pour les sources de l'ancien droit, en particulier pour la coutume, n'ont pas été à cet égard aussi exclusifs que les philosophes du XVIIIe siècle et les législateurs révolutionnaires. Il semble bien que, si la loi est pour eux la principale source du droit, elle n'en est pas l'unique. Quelque hardie que puisse paraître cette assertion, elle trouve pour nous sa justification dans le discours déjà cité prononcés par Portalis.

Portalis reconnaît en effet que le législateur ne saurait ni tout régler ni tout prévoir. La Commission en rédigeant son rapport n'avait donc pas à le tenter. « Une foule de choses, ajoute-t-il, sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges... L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétré de l'esprit général des lois, à en diriger l'application » Dans tous les pays civilisés, constate-t-il plus loin, il se forme à côté des lois un dépôt de maximes, de décisions et de doctrines qui constamment ont été regardées, « comme le vrai supplément de la législation » (2).

Il invoque alors les règles à suivre, au cas où un texte précis sur la matière, dont le juge doit connaître, ferait

(1) Fenet, *op. cit.*, t. I, p. 467.
(2) Fenet, *op. cit.*, tome I, p. 469-470.

défaut. Il parle de l'usage et de l'équité qu'il qualifie de retour à la loi naturelle (1).

L'article 4 du Code civil semble bien d'ailleurs reconnaître implicitement que le Code ne renferme pas tout le droit, puisqu'au cas de silence des textes, il commet au juge le soin de créer lui-même la règle juridique à appliquer.

En dépit des déclarations pourtant catégoriques de Portalis et des termes de l'article 4, la doctrine et la jurisprudence, au moins à partir de la seconde moitié du XIXe siècle, ont considéré comme un principe indiscutable que la loi est l'unique règle de droit ; en conséquence ils ont admis que tous les rapports de droit privé sans exception relèvent de la réglementation du Code (2).

Il importe toutefois de ne pas perdre de vue que les dispositions du Code concernant le droit *patrimonial* sont en principe, conformément à la doctrine individualiste, uniquement interprétatives ou supplétives de la volonté des parties. La règle de droit qui régit cette matière est l'autonomie de la volonté ; c'est à l'individu à se fixer sa propre règle juridique, sauf disposition contraire de la loi.

2° *La loi est égale pour tous et est également applicable à toutes les portions du territoire de la République, sans qu'il y ait lieu de lui faire subir de modifications selon la diversité des régions où elle est applicable.*

Le droit public n'admet plus comme sous la féodalité de hiérarchie des personnes et des terres : il doit donc y avoir égalité de tous les citoyens devant la loi civile. Cette égalité n'existe pas cependant en principe absolu

(1) FENET, *op. cit.*, tome I, p. 470 à 476.

(2) Sur les motifs qui ont fait admettre cette solution, Cf. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, nos 37 à 50.

dans le Code. Elle n'existe ni entre citoyens et étrangers, ni entre possédants et non possédants, ni entre mari et femme, non plus qu'entre enfants légitimes et illégitimes. Le Code civil contient en effet des dispositions très rigoureuses pour l'étranger, et c'est Napoléon lui-même qui les y a fait insérer. L'étranger n'a pas la jouissance des droits civils (art. 11), il est incapable de succéder (art. 726), il ne peut recevoir des donations et des legs (art. 912). Le Code prend en considération dans la réglementation qu'il donne des rapports de droit l'inégalité économique des commerçants et non commerçants qui est de caractère bourgeois ; mais il ne s'occupe pas d'une inégalité économique de caractère tout aussi général, celle qui existe entre les classes possédantes et non-possédantes La protection de la propriété immobilière est considérée par le Code comme primordiale et c'est le propriétaire, à savoir l'individu possédant, que le Code a eu en vue quand il a réglementé les droits des individus. Les intérêts des non-possédants n'ont pas été sauvegardés, et on se l'explique par le double fait que la Révolution avait été une victoire de la bourgeoisie, mais non du prolétariat, sur les classes privilégiées, et qu'il n'y avait pas encore à cette époque de question sociale.

Une pareille distinction n'a donc pas été faite par le Code civil. Il n'y a d'ailleurs pas lieu de renouveler les attaques de l'école socialiste contre le Code civil, mais il est certain que le fait n'en subsiste pas moins.

Le législateur reconnaît bien en effet à l'individu la personnalité juridique ; il règlemente la propriété immobilière dont la protection est une base fondamentale du Code ; il la libère des entraves féodales et en assure la jouissance exclusive à ses possesseurs. Mais nulle part, il ne garantit à l'individu non possédant le droit à l'existence physique et au travail que proclamaient les

Constitutions de l'époque révolutionnaire. On pourrait il est vrai, dire que ce sont là des questions relevant du droit administratif et non du droit civil.

Pour protéger la famille bourgeoise il protège les biens des mineurs et des femmes mariées ; il permet à ces dernières d'opposer la nullité des actes qu'elles ont passés sans l'autorisation de leur mari ; elles ont une hypothèque légale sur ses biens ; elles peuvent renoncer à la communauté, toutes dispositions qui supposent une certaine fortune dans le ménage. Tout en proclamant le principe de la liberté des conventions, il s'oppose à ce que les possesseurs d'un patrimoine puissent librement le dilapider, et il institue à cet effet la curatelle des prodigues. La loi protège le patrimoine même des majeurs en admettant la nullité des contrats pour cause de lésion énorme, ou de vice rédhibitoire, et elle limite le taux de l'intérêt. Elle protège donc dans trois hypothèses différentes, les intérêts des possédants ; soit qu'ils soient incapables de pourvoir à leurs intérêts, soit qu'ils dilapident leurs biens, soit encore qu'ils aient été victimes de la fraude des tiers.

En revanche elle ne réglemente pas le louage d'ouvrage qui est le contrat le plus important que puissent passer les travailleurs, et ne songe pas à les prémunir contre leurs propres entraînements. Rien pour éviter qu'ils ne dilapident le seul capital qu'ils aient en propre, leur force de travail : ils peuvent le compromettre comme bon leur semble. Pas de disposition qui s'oppose à ce que le louage de services ne lèse l'intérêt de ceux qui le contractent ou ne compromette leur santé ou leur moralité. Tandis que les contrats relatifs au patrimoine sont réglementés, le louage de services est abandonné à la libre initiative des parties. Le Code manifeste même ses préférences pour les capitalistes en montrant la suspicion en laquelle il tient les travailleurs par l'article 1781.

Dans la classe ouvrière, à l'inverse de ce qui se passe pour la classe bourgeoise, ni la famille, ni la femme ne sont protégées ; l'unique fortune de l'ouvrière, son salaire, tombe en communauté.

Le Code consacre en outre une institution particulièrement défavorable à la classe ouvrière : la contrainte par corps. C'est là un moyen de contrainte dont il peut être fait usage contre quiconque ne paye pas ses dettes ; mais l'ouvrier presque seul est appelé à en subir les effets, puisqu'il n'est pas en possession d'un capital qui lui permette d'exécuter ses obligations.

Les seules mesures protectrices des travailleurs à citer sont les deux dispositions qui créent un privilège en faveur de certains ouvriers, les gens de service, et sont destinées à leur faire obtenir avec plus de certitude le paiement de leurs salaires (1).

Le Code pénal ne consacre pas davantage l'égalité entre les deux classes, bourgeoise et ouvrière. Il punit l'association, la coalition, la grève : les seules armes de l'ouvrier qui veut faire triompher ses revendications en matière économique.

Le Code consacre aussi l'inégalité de droits entre le mari et la femme. Par réactions entre les excès de certaines lois révolutionnaires, il n'assimile pas les enfants naturels aux enfants légitimes et leur dénie certains droits qu'il reconnaît à ces derniers.

Le Code civil n'est donc égalitaire qu'en apparence. Dans le fond il est anti-démocratique : il ne sanctionne les droits de l'individu qu'en tant que propriétaire ou patron. Il constitue donc une législation bourgeoise, d'esprit peu égalitaire, et autoritaire puisqu'il consacre l'autorité du chef de famille et celle du patron.

(1) Cf. art. 1798, 2101, 2103, § 4 du C. civ. et l'art. 191 du C. comm. et pour ce qui concerne le salaire une fois acquis, l'art. 592 du Code de procédure.

3° *La loi part d'un certain nombre de principes généraux dont elle déduit les conséquences dans ses dispositions, en sorte que les règles édictées par elle revêtent un caractère d'excessive logique.*

Tous les groupes de faits du même ordre sont régis par un même principe. Les déductions, tirées de ce principe, sont les mêmes, quelle que soit la nature particulière du fait en question. Le législateur ne s'inquiète pas de savoir si les principes formulés par lui s'appliqueront de manière convenable à un groupe prévu de faits ; il tient seulement à ce que ces principes soient rigoureusement déduits. Il n'admet que le moins possible d'exceptions par crainte qu'elles ne nuisent à l'harmonie de son œuvre. Il tient avant tout à donner à ses dispositions un caractère logique, à tirer toutes les conséquences des principes qu'il déclare régir un même ordre de faits.

4° *La garantie de l'observation de la loi n'est pas la surveillance du législateur, mais la sanction qu'il y attache.* Cette sanction varie, suivant qu'il s'agit des droits du patrimoine ou de ceux de la famille.

En matière de droit patrimonial, la sanction consiste dans la perte du droit, la contrainte, la nullité, des dommages-intérêts.

En matière de droit de famille, la sanction a pour conséquences certains effets de droit particulier, divorce, séparation de bien ou de corps, indignité, etc.

5° *Le caractère d'extrême précision de la loi l'empêche de s'adapter aux circonstances de fait qui motivent son application.*

Les dispositions du droit privé en vertu de leur précision même, n'ont ni la souplesse ni l'ampleur de celles du droit public. Elles n'en ont pas la souplesse, ce qui signifie que ni la doctrine ni la jurisprudence ne peuvent les adapter aux nouvelles exigences de la

vie sociale et qu'elles ne varient pas selon les cas particuliers qui peuvent se produire. Elles n'en ont pas l'ampleur, c'est-à-dire qu'elles ne pourront pas être étendues aux hypothèses que le législateur n'a pas prévues, et pourtant interprètes et juges n'ont pas à créer de nouvelles règles de droit, sous le prétexte d'obvier à de nouvelles nécessités sociales.

Il est à remarquer qu'en matière de droit patrimonial les textes ont en général une précision absolue. C'est seulement par exception qu'ils se servent d'expressions ayant un sens général, comme celle de morale, de bonnes mœurs et d'ordre public.

Quand il s'agit du droit de famille, les textes sont en général plus larges et laissent à l'interprète un certain champ d'appréciation. Il en est ainsi pour tout ce qui touche notamment aux droits et obligations des conjoints ou des parents entre eux, aux causes de divorce, de séparation de corps ou de biens.

Si la loi est si étroite et n'a pas l'ampleur désirable c'est par ce que le législateur veut que ses dispositions soient uniformes, c'est-à-dire qu'une même solution légale corresponde à tous les mêmes cas qui peuvent se présenter.

Il va jusqu'à vouloir l'unité d'interprétation de la loi et c'est dans cette intention qu'il institue le tribunal de cassation.

Si la loi est précise, comment alors maintenir le droit codifié en harmonie avec les nouvelles nécessitées sociales ?

Le législateur de l'an VIII ne se l'est pas plus demandé que ses prédécesseurs de la Révolution. Pourquoi ? Croyaient-ils que la codification aurait pour résultat d'arrêter la vie juridique, si bien que le droit n'eût pu progresser qu'avec l'assentiment du législateur ? Les travaux préparatoires sont muets à cet égard.

Son silence peut s'expliquer d'abord par son désir de mettre fin à l'ancien régime en implantant fortement le nouveau sur la base de l'unité législative ; ensuite par sa méconnaissance de l'évolution de la vie juridique qu'il croyait possible de diriger dans le sens des règles du Code qui constituaient à ses yeux la raison écrite et devait jouer le même rôle que le droit romain. Son silence était d'autant plus excusable qu'il n'avait sous les yeux que la législation romaine qui avait duré plus de 25 siècles. Le législateur de l'an VIII a pu ne pas s'arrêter à cette question Il avait à pourvoir au présent ; il n'est pas très étonnant qu'il ne se préoccupât pas de l'avenir.

Portalis néanmoins avait entrevu la difficulté. Il constate en effet dans son discours préliminaire, en citant l'exemple de la législation romaine, que les codifications ne peuvent, ni ne doivent s'opposer au développement du droit qui n'en continue pas moins à évoluer. Mais comment cette évolution s'opérera-t-elle dorénavant ? C'est ce qu'il ne dit pas. Il se contente, comme Cambacérés l'avait fait dans les précédents projets qu'il avait présentés à la Convention, d'attribuer au juge, au cas où aucun texte précis n'est directement applicable, un large pouvoir d'interprétation ; il l'autorise même en ce cas à créer la règle juridique qu'il doit appliquer, pourvu que ce soit conformément aux usages et à l'équité. Mais cette faculté, outre qu'elle est contradictoire avec le caractère de précision du texte légal, n'est pas assez étendue pour permettre au juge de faire marcher de pair la double évolution du droit et de l'état social.

III

D'après quels principes le législateur organise-t-il les droits de patrimoine et de famille ? C'est ce qu'il y a lieu désormais d'examiner.

Le législateur a sur ce point réagi d'une façon très nette contre le rationalisme des philosophes du siècle précédent et des lois de la Révolution. Il a reconnu l'impossibilité qu'il y avait à édifier en un jour une législation entièrement nouvelle sur la matière. Portalis déclare dans son discours préliminaire qu'il convient d'être sobre de nouveautés (1) et que le respect de la tradition doit guider le législateur. Ainsi a-t-il été fait.

Le Code de 1804 est modéré et sage. Il n'est ni rétrograde, ni imprudemment novateur : il ne cherche ni à restaurer les institutions de l'ancien régime, ni à renouveler les tentatives révolutionnaires (2).

Il prend pour base le droit de l'ancien régime et cherche à concilier les solutions du droit coutumier et du droit écrit en les rajeunissant sous l'influence des principes qui ont servi de base au droit public de la Révolution.

Il y a à envisager séparément le droit patrimonial et le droit familial, si l'on veut se rendre compte des principes sur lesquels a été établi le Code civil.

Droit patrimonial. — En matière de droit patrimonial, le législateur, s'inspirant de la déclaration des droits de l'homme, consacre la liberté et l'égalité de tous les

(1) Cf. Fenet *op. cit.*, tome I, p. 466.

(2) Voir la confirmation de ces idées dans Dufour, *Code civil avec les sources où toutes ses dispositions ont été puisées* (1806 4 vol., et dans Valette, *De la durée persistante de l'ensemble du Droit civil français pendant et après la Révolution de 1789* Mémoire lu à l'Académie des sciences morales et politiques en décembre 1870. Paris, 1872.

citoyens devant la loi (sauf pour les exceptions que nous avons nous-mêmes précédemment signalées) et la propriété individuelle qu'il affranchit des charges de l'ancien régime.

Le droit patrimonial est donc essentiellement individualiste. Il protège les intérêts individuels des personnes, surtout de celles qui possèdent, et néglige l'intérêt social, car il admet avec les doctrines économiques orthodoxes que l'individu par cela même qu'il agit dans son propre intérêt concourt à l'intérêt général. Le législateur a donc en vue un type d'individu mû par des sentiments égoïstes et non assujetti au milieu dans lequel il vit. En outre, cet individu est toujours considéré comme agissant isolément pour atteindre son but. Si le Code réglemente le contrat de société, il interdit celui d'association que l'on considère encore aujourd'hui, à tort, comme partie intégrante du droit public, sans rapport avec le droit privé. L'individu est donc supposé agir non en tant qu'ayant des intérêts communs avec ses semblables, mais en tant qu'opposant les siens aux leurs.

Il admet comme conséquence de sa conception des rapports de l'individu et de la société que c'est à l'individu à assurer la satisfaction de ses besoins, et il l'abandonne à sa libre initiative.

Puisque l'individu n'agit qu'isolé et conformément à son propre intérêt et que cet intérêt apparaît comme nécessairement en opposition avec celui des autres, le droit patrimonial doit se proposer de délimiter cet intérêt et de le garantir. Sa fonction est de rendre possible la coexistence d'individus dont l'intérêt a pour limite exacte celui d'autrui. Il réglera donc les rapports de coexistence entre individus ; mais il ne s'occupera nulle part de grouper les intérêts individuels divergents en intérêts sociaux qui aboutiraient à la création de rap-

ports de coordination ou de solidarité. Comme conséquence du double individualisme, il n'admet pas la primauté de l'intérêt social, sur l'intérêt individuel, sauf exception (art. 6, 686, 900, 1133, 1172, 1387, 1965, etc.). D'autre part, il ne consacre dans aucun article le principe de l'assistance réciproque, de l'abus du droit et d'extension de responsabilité en dehors de la faute matérielle que, comme nous le verrons, sont la quadruple manifestation de la solidarité dans le domaine juridique ; ce sont là pour lui considérations étrangères au droit et qui relèvent de la morale. Il n'admet que des droits en face d'obligations nettement définies ; il semble ignorer la notion de devoir qui vient tempérer un droit ou élargir une obligation.

Des deux morales jusqu'alors existantes, celle des philosophes du XVIIIe siècle et la morale chrétienne, le Code consacre la première qui repose sur le respect de la liberté et des droits acquis, et laisse la seconde dans l'ombre en rejetant la fraternité, sur laquelle elle se fonde, dans le domaine de la conscience.

Le droit patrimonial en tant que reposant sur une base individualiste considère la volonté de l'individu comme autonome, son activité comme libre, ses droits acquis volontairement et librement en vertu de sa volonté, comme inviolables.

La volonté de l'individu est autonome. Les règles du Code ne seront donc qu'interprétatives ou supplétives de la volonté des parties ; elles pourront, en règle générale, s'en affranchir et les remplacer par telle autre règle de droit qu'il leur plaira. Leur volonté individuelle faisant leur loi, il en résulte qu'elles seront obligées d'accomplir alors leurs engagements, ponctuellement et de bonne foi, selon les modalités convenues, à toute éventualité ; leurs biens et même leur personne répondent de leurs engagements. Sur ces principes le législateur édifie

toute une série de théories concernant l'exécution forcée de l'obligation, les dommages-intérêts, la force majeure ou le cas fortuit, la faute, la demeure, le concours des créanciers.

L'activité de l'individu est libre : il pourra donc atteindre le but qu'il se propose par tous les moyens qu'il juge bon à la seule condition de ne pas léser, en agissant, le droit d'autrui. Aussi tout droit et toute obligation naissent-ils en principe d'un fait personnel de l'homme, qu'on l'appelle contrat, quasi contrat, délit ou quasi-délit. La loi ne confère de droit ou n'impose d'obligations que dans des circonstances exceptionnelles.

Aussi l'individu est-il libre d'exercer ou non son droit ; il a même en principe le droit d'y renoncer, sauf le cas exceptionnel où la loi, en s'inspirant de considérations sociales, le lui interdit ; il peut toujours exercer ce droit dans la mesure où la loi le lui permet sans que jamais le juge, sous quelque prétexte que ce soit, puisse en limiter l'exercice ; si en usant de son droit, il cause un préjudice à autrui, il n'en doit pas réparation et peut continuer sans avoir à craindre d'être inquiété.

Les droits acquis volontairement et librement sont inviolables. C'est la conséquence logique des deux précédents principes. Ces droits sont perpétuels et exclusifs ; l'abus n'en est que l'usage. Ils peuvent être transmis par acte entre vifs ou par testament, quels que soient les résultats économiques de ces actes, quelque tort que la société puisse en éprouver Il n'est d'ailleurs pas permis de s'enrichir aux dépens d'autrui et quiconque est coupable d'un acte de cette nature, doit indemniser sa victime du préjudice qu'il lui a fait subir.

Les deux grandes institutions du droit privé patrimonial, la propriété et les successions, ont été réglementées par le Code dans des vues nettement individualistes.

La propriété est proclamée absolue, exclusive et perpétuelle ; le législateur songe si peu à l'intérêt social qu'il n'impose ni limites, ni conditions à l'acquisition de la terre. Tout individu peut l'acquérir sans avoir à justifier d'aptitude ou de capacité spéciale. Il est propriétaire absolu, c'est-à-dire qu'il peut morceler à son gré la terre et la travailler ou non, selon son bon plaisir. Il est propriétaire exclusif ; nul ne pourra donc acquérir contre sa volonté sa propriété ou un démembrement, quelque avantage qu'il puisse en résulter pour la société. Le Code prévoit sans doute certaines hypothèses où l'intérêt général doit être préféré à celui des particuliers ; c'est ainsi qu'il institue l'expropriation pour cause d'utilité publique, les servitudes légales, les partages forcés et qu'il prohibe les substitutions de fidéicommissaires : mais ce sont là des cas isolés. En principe, le Code ne s'inspire pour réglementer le droit de propriété et ses démembrements que des intérêts individuels non de l'intérêt général.

Le droit successoral, qu'il s'agisse pour lui d'organisation ou de dévolution, n'est également réglementé qu'en vue des intérêts individuels L'héritier, identifié au *de cujus*, est tenu de ses dettes *ultra vires*, pour le plus grand avantage des créanciers de la succession. Le *de cujus*, sauf les cas où il existe une réserve héréditaire, peut disposer de tous ses biens par testament. Meurt-il *intestat*, ses biens sont dévolus par la loi à ses parents jusqu'à un degré si éloigné de parenté que l'idée familiale ou la volonté présumée du défunt ne suffisent pas à l'expliquer. L'Etat ne vient qu'en dernier lieu.

Droit de famille. — Le droit familial repose sur des principes tout autres que le droit patrimonial. Le Code, comme pour le droit patrimonial, continue le droit antérieur ; il répudie donc les doctrines des philosophes du

XVIIIe siècle qui, après avoir inspiré les lois de l'époque révolutionnaire, étaient bien vite tombées en discrédit, dès l'époque de la codification.

Le droit familial est basé sur l'idée des rapports de solidarité existant entre les membres d'une même famille par l'effet des sentiments d'affection qui les unissent entre eux. L'intérêt individuel s'efface ici devant l'intérêt social ; le même droit consacre en outre les principes de l'assistance réciproque, de la responsabilité en dehors de la notion de faute, et de l'abus du droit, quoique ce dernier ne soit admis qu'avec d'importantes restrictions.

Il n'envisage donc pas l'individu en lui-même, mais en tant que membre d'un groupe social dont l'intérêt collectif resulte des liens du sang. Il prend pour base la famille qu'il fonde sur le mariage.

Le mariage, contrat exclusivement civil, crée entre les conjoints un lien qui ne peut être dissous que pour certaines causes spécialement énumérées par la loi. Il ne fonde pas seulement la famille, mais encore la parenté légitime et l'alliance. La famille en dehors du mariage est illigitime ; elle est regardée avec défaveur par le législateur qui l'organise à peine, en croyant agir de la sorte dans un intérêt social. Il n'admet de famille que la famille légitime.

Toutes ses prescriptions à cet égard tendent à resserrer entre les membres d'une même famille les liens créés par la nature, la morale et la vie sociale. Entre les membres les plus proches de la famille, conjoints, parents et enfants, il établit une association de personnes et de biens, et il reconnaît à cette association une autorité : le père ou le mari, à qui les autres membres de la famille sont unis par des liens de subordination.

L'ensemble des rapports existant pour un même indi-

vidu entre lui et les membres de sa famille constituent son état civil.

Dans l'association entre époux, la femme doit obéissance à son mari; et, si les conjoints peuvent librement choisir le régime matrimonial qui régira leurs biens, la loi admet qu'à défaut de convention contraire, les biens des deux époux seront soumis au régime de communauté. Or cette communauté n'est pas une société quelconque : le mari n'est pas seulement l'administrateur des biens communs, il se comporte à l'égard des tiers comme en étant le propriétaire. La femme mariée est incapable ; mais, en revanche, elle est protégée contre son mari, que cette protection lui soit accordée par la loi dans son propre intérêt ou dans celui de la famille. Dans les régimes autres que la communauté légale, la femme peut bien avoir plus ou moins d'indépendance : elle n'est jamais l'égale de son mari et ne peut jamais disposer librement de ses biens.

Dans l'association entre le père et les enfants, le père ne se borne pas à diriger l'éducation de ses enfants et à avoir droit à exercer sur eux son autorité, mais il administre encore leurs biens et en a la jouissance. Les pouvoirs du père sur la personne de ses enfants sont très étendus ; ses pouvoirs sur leurs biens le sont moins et jusqu'après sa mort il se heurte à une dernière limitation de ses droits, avec la réserve qui est la suprême manifestation de la solidarité économique existant entre lui et ses enfants.

Le droit familial reposant sur ces bases, tous les droits et obligations qui le constituent ont un caractère impératif, qu'ils concernent leur naissance, leur exercice ou leur extinction. La volonté de l'individu est bien déclarée souveraine par le législateur dans le droit patrimonial ; en notre matière, elle n'a plus qu'un rôle effacé. Les droits de famille, envisagés sous un autre

aspect, sont également des devoirs dont il n'est pas permis de s'exonérer. Les droits et obligations ne se transforment que lorsque la base sur laquelle ils reposent vient elle-même à se modifier (infidélité d'un des conjoints, ingratitude des enfants). Le législateur réglemente alors lui-même la nouvelle situation de droit qui naît de cette nouvelle situation de fait : il institue le divorce, la séparation de biens, l'indignité en matière de succession, etc., etc.

Notons d'ailleurs que le Code établit des devoirs de solidarité non seulement entre les père et mère et leurs enfants, mais encore entre autres parents, et ces rapports entraînent des effets plus ou moins nombreux suivant le nombre des degrés qui séparent les deux individus unis par des liens de parenté. La parenté la plus rapprochée crée l'empêchement au mariage, la tutelle légitime, l'obligation alimentaire, l'hérédité *ab intestat*, le droit à la réserve. En ligne collatérale, la parenté ne confère que le droit de succession *ab instestat*.

CHAPITRE III

INFLUENCE SOCIALE DE LA CODIFICATION, PRINCIPALEMENT EN CE QUI TOUCHE AU DROIT POSITIF

I

La codification, en reposant sur les bases et sur les principes que nous venons d'esquisser, a eu en France et dans tous les pays qui se sont inspirés du Code civil des effets que nous croyons opportun de signaler précisément parce qu'on les laisse trop volontiers dans l'ombre.

La codification a eu pour premier résultat de faire disparaître une législation disparate, souvent confuse, qui avait cessé d'être en harmonie avec le nouvel état social, créé par la Révolution, et à sa place a succédé une nouvelle législation, précise, claire, bien coordonnée, qui tout en puisant aux sources de sa devancière répondait aux nouveaux besoins sociaux. Elle a en outre contribué à la vulgarisation du droit et a créé par là-même un certain état d'esprit inconnu avant elle.

Mais, à côté de ces avantages qui ont été s'amoindrissant à mesure que les temps ont progressé, des inconvénients inhérents à ces mêmes avantages se sont fait jour, et ils ont été jusqu'à déterminer une véritable crise en matière de droit codifié.

La codification s'opposait en effet à toute évolution du droit, en ne se préoccupant pas des moyens de l'adapter aux futures exigences de la pratique. La vie

sociale n'en devant pas moins poursuivre son cours, allait nécessairement entrer en conflit avec le droit codifié.

Les relations économiques entre individus sont celles dont l'évolution a été le plus rapide au cours du siècle dernier. La codification n'ayant institué aucun moyen pour adapter le droit, a par cela même été un obstacle à leur complet développement.

Interprètes et juges, bien loin de chercher à remédier à ces inconvénients, allaient encore les exagérer.

Ils partent de cette double idée : que la Codification réglemente la totalité des rapports juridiques qu'elle délimite, et que les textes codifiés sont immuables tant qu'ils n'ont pas été modifiés par une autre loi. Dès lors il ne saurait leur incombec ni d'assouplir, ni d'élargir, encore moins de créer les règles juridiques. La sécurité des relations leur semblait être à ce prix. Leur conception de la codification les a imbus d'un respect tellement exagéré des textes légaux qu'il en devenait une superstition.

Au lendemain même de la codification, on trouve la preuve de cet état d'esprit dans l'exposé des motifs, fait par Bigot de Préameneu au corps législatif le 22 août 1807 du projet qui devait être la loi du 3 septembre 1807. Il disait, en proposant de changer le titre de Code civil en celui de Code Napoléon, « c'est un ouvrage terminé; c'est, si je puis m'exprimer ainsi, une espèce d'arche sainte par laquelle nous donnerons aux peuples voisins l'exemple d'un respect religieux » (1).

Napoléon lui-même éprouvait ce respect pour le Code. On sait sa colère quand apparut le premier commentaire. Même en exil, il estime cent fois plus

(1) Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. I, p. 112.

durable son œuvre législative que ses conquêtes militaires. On connaît la phrase célèbre qui lui est attribuée : « Ma gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles: Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires.... mais ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil » (1).

Ce respect du texte légal imprègne également l'enseignement. La loi du 22 ventôse an XII prescrit dans son article 2 que le droit civil doit être enseigné dans l'ordre établi par le Code.

II

Imbus de ce respect pour le texte légal, non seulement les interprètes du Code ne voient pas les transformations sociales qui exigent une nouvelle réglementation juridique, mais ils croient qu'une loi ne subit de modification que quand elle est corrigée par une nouvelle loi réglementant la même matière ; ils n'admettent pas que la loi puisse se transformer d'une façon plus ou moins sensible sous l'effet des changements qui affectent la vie sociale. Bien plus, les modifications juridiques leur échappent, quand elles se manifestent par de nouvelles lois ne se référant pas expressément au droit civil. C'est ainsi qu'ils ont séparé et même fait une opposition systématique entre le droit public, notamment le droit administratif et le droit privé, sans s'apercevoir que le droit administratif, comme nous le verrons plus loin, n'est, pour la majeure partie, qu'une nouvelle face du droit privé dont il modifie les principes parfois même plus profondément que beaucoup de lois s'y référant expressément.

(1) *Récit de la captivité*, t. I, p. 401.

L'étude du droit consistait donc essentiellement à leurs yeux dans l'interprétation stricte des textes légaux, constituant un rigoureux enchaînement de déductions qu'on formulait sans s'inquiéter si l'équité et l'utilité sociale étaient satisfaites. Leur méthode est scolastique, logique, plus que juridique. Interprètes et juges n'ont pas à connaître disait-on, les transformations de l'état social ; ils peuvent critiquer les défauts de la loi, en signaler les lacunes au législateur, non y remédier. Ils doivent faire abstraction des considérations sociales qui n'ont qu'une valeur subjective, et, dans les cas où leur logique est impuissante à leur fournir une solution, ils doivent s'inspirer plus de l'autorité des jurisconsultes que de l'équité.

La critique de la loi, une fois qu'elle est incorporée dans un texte est plus abstraite qu'inspirée des nécessités de la pratique, et les jurisconsultes, en dédaignant l'observation des phénomènes sociaux, sont loin d'avoir la finesse et la pénétration des juristes romains, qui, attentifs aux moindres progrès de l'évolution sociale, adaptaient à ses modifications toutes les règles du droit.

Aussi se bornent ils presque tous dans leurs œuvres au commentaire stérile des textes légaux, sans se préoccuper du degré d'adaption de leurs règles aux nécessités sociales, et c'est pourtant là tout l'objet du droit.

III

Quelque exagéré que soit ce culte du texte de la loi, l'évolution sociale allait obliger, même à leur insu, les interprètes du droit, à tenir compte de faits, sous l'influence desquels ils allaient assouplir la loi et en étendre le champ d'aplication.

Dès les premiers temps qui suivent la promulgation

du Code, l'interprétation de la loi a beau être exégétique; le texte légal s'amplifie sans cesse à mesure que se font jour d'autres besoins sociaux.

On accepte comme procédés d'interprétation stricte l'argumentation par analogie et celle *a contrario* : ce faisant, on n'interprète pas vraiment la loi, on l'étend à des cas pour lesquels elle n'a pas été faite. Grâce à ces procédés qui ne respectent qu'en apparence le texte de la loi, l'interprète en élargit l'application ou crée même des règles juridiques en s'inspirant des mêmes principes qui eussent guidé le législateur dans des circonstances semblables.

Sous la pression de nécessités toujours plus impérieuses, les juristes ont dû élargir peu à peu et comme malgré eux leur système d'interprétation.

Au procédé exégétique succède un système de synthèse des principes qui permettra plus aisément, sans néanmoins enfreindre le texte légal, d'élargir, d'assouplir et même de créer plus ou moins arbitrairement la règle juridique. Ils considèrent désormais, non plus chaque article du Code en lui-même, mais les principes que le législateur formule en réglementant chaque institution et que l'interprète induit au besoin de l'ensemble des dispositions qui touchent à la matière. Les principes une fois posés, l'interprète en tire les conséquences qu'ils contiennent en puissance et les appliquent à des cas non prévus par la loi. C'est la méthode préconisée et mise en vogue par Laurent, pour qui les principes sont tout le droit (1).

Ce système est à son tour remplacé par celui des constructions juridiques qui marque un progrès sur le précédent ; ses larges synthèses leur font découvrir les

(1) LAURENT, *Cours élémentaire de droit civil*, tome Ier, préface § 1. cf. également ses *Principes de droit civil*, tome Ier, avant-propos et n° 29. Cf BEUDANT, *Cours de droit civil français*, Paris, 1896. préface p. VI et VII et introduction, pp. 1-3.

principes généraux qui dominent certaines matières. La connaissance de ces principes permet d'en tirer des conséquences logiques que le législateur lui-même n'a pas entrevues (1).

IV

Les textes légaux inspirent au juge le même respect qu'à l'interprète. Il croit de son devoir de les appliquer avec la dernière rigueur. Il estime comme l'interprète que son rôle n'est plus le même que dans l'ancien droit ; il doit assurer le respect de la lettre de la loi, quelque injuste ou peu pratique que soit la solution à laquelle il aboutit. Ses fonctions sont donc mécaniques : il construit des syllogismes dont la majeure est le texte légal, la mineure le cas particulier qui lui est déféré. La conclusion s'en déduit naturellement. Sinon il estime qu'il n'y aurait plus aucune séparation entre les pouvoirs législatifs et judiciaires et qu'il légiférerait. Aussi dès l'époque qui suit celle de la codification, c'est bien là l'idée que le pouvoir judiciaire se fait de son rôle, contrairement d'ailleurs à celle qu'en avaient les auteurs du Code qui, comme l'attestent l'exposé de motif, et la disposition de l'article 4, n'attribuent pas au juge un rôle si subordonné (2).

D'où, à mesure que les conditions de la vie se sont transformées, un défaut d'adaptation toujours plus grand des textes légaux aux exigences sociales.

Aussi le juge n'a-t-il pas pu ne pas tenir compte de cet état de choses ; il a donc emprunté à la doctrine son

(1) Ces méthodes sont très bien analysées dans Geny, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, nos 8 à 30.

(2) Cass., 25 mai 1814, Dalloz, *Répertoire*. V° *Effets de commerce*, n° 237, note 1.

système d'interprétation de la loi. Il est ainsi arrivé, grâce à une certaine subtilité d'argumentation à élargir la loi, à l'assouplir et même à la créer. Voilà pourquoi certaines institutions ont été entièrement élaborées par la jurisprudence, sans même trouver un point d'appui dans les textes législatifs. Citons à titre d'exemple l'assurance sur la vie, l'inaliénabilité de la dot mobilière. Il est même arrivé que la jurisprudence, sentant plus que la doctrine la nécessité de donner satisfaction aux exigences sociales, l'a dépassée dans cette voie, et s'est ainsi soustraite à sa direction. C'est ce qui, par parenthèse, explique la discordance qui existe sur tant de points entre la doctrine et la jurisprudence.

Le rôle du juge en présence de texte codifié est donc malaisé à remplir. Il ne peut respecter entièrement la lettre de la loi : les exigences sociales s'y opposent ; mais il ne saurait non plus adapter les règles juridiques à ces besoins : le caractère formaliste des textes l'en empêche. Nous touchons là le point capital de la question qui fait l'objet de cette étude.

CHAPITRE IV

INFLUENCE DE LA CODIFICATION SUR LA PHILOSOPHIE DU DROIT PRIVÉ ET SUR LA SCIENCE JURIDIQUE EN GÉNÉRAL

I

L'influence sociale de la codification a été considérable. Son influence sur la philosophie du droit, sur l'idée de droit et de justice et sur la science juridique en général n'a pas été moindre.

La philosophie du droit, après la codification, se détache de la philosophie sociale du XVIIIe siècle et revient à l'idée de droit naturel des philosophes du XVIIe siècle.

Les relations juridiques sont envisagées non dans les modifications que leur ont fait subir l'espace et le temps, mais en tant que dérivées de la nature humaine et par suite toujours identiques à elles-mêmes. L'homme n'est plus un être ayant une complexion et des tendances propres et assujetti à vivre et à subir l'influence d'un milieu social déterminé ; il devient une abstraction sur laquelle la vie ambiante n'a plus aucune prise.

La méthode d'étude du droit naturel est donc essentiellement rationaliste. A l'inverse des philosophes du XVIIIe siècle, il ne prend en considération ni l'observation de la société, ni quelque idéal bien déterminé, mais simplement les spéculations métaphysiques des auteurs qui s'adonnent à son étude. Ceux-ci ont, cependant, la prétention que les règles qu'ils élaborent en dehors de toute observation, et qui ne reposent sur

aucun fondement dans la réalité, dérivent de la nature de l'homme. A les entendre, les lois naturelles qu'ils croient découvrir seraient universelles et invariables ; elles traduiraient la véritable morale, la véritable justice, et le droit positif devrait en émaner, qu'il s'agisse de la rédaction de la loi ou de son interprétation.

Leur méthode les condamne à l'esprit de routine et, loin de fournir, comme ils le prétendent, une règle aux législateurs et aux légistes, ils n'ont pas en réalité fait autre chose que de s'imprégner de leur esprit essentiellement individualiste et de les suivre. Ils n'envisagent, en effet, d'abord, que les rapports de droit expressément prévus dans le Code, et vont jusqu'à suivre le législateur dans l'ordre et l'exposition des matières. Ensuite ils ont élaboré leur théorie des droits innés en se plaçant au point de vue bourgeois et en se contredisant dans leurs conclusions : le droit à la vie leur semble être inné mais non le droit au travail ; ils proclament la liberté de pensée mais non l'indépendance économique de l'individu ; ils reconnaissent à la propriété immobilière le même triple caractère que le Code, etc.

II

Quoique routinière, la philosophie du droit n'est pas absolument respectueuse du droit positif ; elle est sur certains points révolutionnaire. Il faut distinguer parmi les philosophes ceux qui adhèrent aux dogmes catholiques et ceux qui les rejettent. Cette distinction s'impose puisque l'Eglise catholique a elle-même défini plusieurs points de droit naturel, notamment en matière de droit public (1). Les écrivains catholiques se

(1) Cf. pour la définition de ces points VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les*

rangent donc à l'interprétation que donne l'Eglise sur ces matières, mais dès qu'il s'agit de points laissés en dehors des définitions de l'Eglise, les controverses recommencent (1). Ces écrivains nient non seulement la souveraineté imprescriptible du peuple, en faisant dériver le pouvoir de Dieu, mais aussi ils vont jusqu'à affirmer que les lois positives, contraires aux lois divines ou qui ne s'inspirent pas du bien commun des sujets, ne sauraient avoir aucune efficacité ; l'individu n'a pas seulement le droit, mais même parfois le devoir de leur désobéir (2).

III

La philosophie du droit au XIXe siècle en France n'a ni les caractères, ni l'effet utile de la philosophie sociale du XVIIIe siècle. Elle n'est ni originale, ni idéaliste dans la véritable acceptation du mot. Elle est préjudiciable. Elle n'est pas originale en tant que visiblement influencée par les doctrines du Code et des légistes et des philosophes allemands du XVIIIe siècle, plus peut-être que des philosophes français de la même époque. Elle n'est pas idéaliste, parce qu'elle ne se propose pas de renouer les rapports juridiques conformément aux principes nouveaux induits de l'examen des transformations de la vie sociale. Son point de départ est toujours l'individualisme ; et, partant de cette base, ce qu'elle décore du nom d'idéal à atteindre, ce sont de pures spéculations, contredites souvent par la réalité ou

principes fondamentaux du droit, Paris, 1889, pp. 69, 267-272, 343-344.

(1) Cf. sur cette matière VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, préface, n° VII.

(2) VAREILEES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, page 11.

les tendances de la vie sociale. Elle réclame par exemple l'affermissement de la puissance paternelle, au lieu de son adoucissement que réalisent d'une façon continue les lois modernes en suivant le mouvement irrésistible de la société en ce sens.

Elle est préjudiciable ; car, n'étant pas vraiment idéaliste, elle n'a fait que tromper le législateur et les juristes en leur présentant toujours comme un idéal le même régime individualiste existant, renforcé par des spéculations contraires à l'évolution sociale. Les philosophes ont plus profondément imbu l'esprit des juristes des procédés scolastiques ; ils les ont confirmés dans leur amour pour la logique, dans le mépris de l'observation de la vie sociale et leur résistance aux modifications apportées par cette vie elle-même ; car ils présentaient ces modifications comme des erreurs qui peuvent se corriger grâce à une stricte application des textes légaux.

Si nous rapprochons, au point de vue général, l'influence de la philosophie du XVIIIe siècle et celle du XIXe sur la législation et les juristes, nous verrons que la philosophie du XVIIIe siècle a pour idéal un régime, l'individualisme, qui est opposé à celui existant à la même époque, et qui dérive autant de la spéculation de la raison que des exigences politiques et sociales de l'époque. Les philosophes du XIXe siècle font tout le contraire : ils continuent à avoir pour idéal un régime vieilli qui a fait son temps, et leurs spéculations qui ne se proposent que d'étayer ce régime ou d'y apporter de légères retouches ne leur sont inspirées ni par la raison, ni par les exigences de la vie politique et sociale, mais uniquement par des vues empiriques sur la nature humaine

IV

La codification a exercé en outre son influence sur l'esprit juridique en général.

Légistes et philosophes ont déformé les notions de droit, de justice et d'équité. Les philosophes estiment que ce sont là trois idées différentes d'une accession d'ailleurs difficile. Les juristes les opposent également entre elles, en admettant qu'il n'y a pas d'autre droit que celui qui est contenu dans les règles du Code. Ni les uns, ni les autres n'identifient ces trois conceptions et ne les envisagent sous leur véritable angle ; elles ne sont en effet que le reflet fidèle des besoins de la vie sociale, et n'existent que pour leur donner satisfaction, leurs règles s'inspirant nécessairement de ses besoins.

Philosophes et juristes ont en outre enraciné dans les esprits l'idée individualiste qui est à la base du Code envisagé par eux comme seul conforme à la loi et à la raison. Il ne saurait plus dès lors être question, dans la vie juridique, que des droits et des obligations de l'individu ; la notion de devoir, qui tempère le droit, se trouve bien exprimée par les philosophes, mais elle est absente de la vie juridique.

Cette idée est si profondément ancrée dans la conscience populaire qu'on considère comme juste l'exercice du droit reconnu par la loi, même au cas où cet exercice viendrait à préjudicier à autrui où à la société. Aussi l'expression courante, « j'ai le droit », est-elle souvent opposée comme un argument décisif à toute tentative de limitation d'un droit, qui ne peut cependant être absolu, sans nuire à l'intérêt général.

De même on ne se croit obligé d'obéir qu'aux injonctions formelles de la loi. On dira : je ne suis pas obligé, quand il s'agira d'un acte auquel la société peut être au

plus haut point intéressée, mais que néanmoins la loi n'ordonne pas.

V

Enfin philosophes et juristes ont exercé leur influence sur la science juridique, en général, en se faisant chacun du droit une idée différente mais également abstraite : ils en sont arrivés à croire qu'il ne saurait exister d'étude du droit, ne reposant sur aucune de ces conceptions. Voilà pourquoi, à part la métaphysique et l'exégèse des textes légaux ils ont négligé toute autre étude, notamment celle de l'histoire des institutions juridiques et, à plus forte raison, celle des sciences politiques qu'ils estiment n'avoir pas de rapports avec le droit.

La science juridique est donc manifestement dans un état d'infériorité à l'égard de ce qu'elle était avant la codification, à une époque ou légistes et philosophes, s'en faisant une conception plus large, travaillaient de concert, à mettre toujours le droit en rapport avec la morale et la justice et tendaient à lui faire atteindre un idéal nettement défini.

CHAPITRE V

INFLUENCE DE LA CODIFICATION DU DROIT CIVIL SUR LES SCIENCES POLITIQUES.

I

La codification du droit civil n'a pas eu une moindre influence sur le développement des sciences politiques que sur celle des sciences juridiques. Quoique indépendantes les unes des autres, toutes deux s'inspirent du même dogmatisme et la rigueur de leurs déductions a abouti à ne leur faire produire aucun résultat pratique.

Quelque étrange que cela paraisse, la codification du droit civil a exercé une influence notable sur la manière de concevoir les rapports des Etats entre eux, c'est-à-dire sur les règles du droit international. Elle a enraciné dans les pays de codification, cette idée qu'il existe entre Etats des règles précises et immuables devant les régir.

Toute la littérature du droit international de ces pays s'est attachée à exposer ces règles qu'elle estime être empruntées aux diverses sources du droit, parmi lesquelles la coutume ; elle ne s'est pas aperçue qu'elle y faisait en réalité prédominer les spéculations de la raison et les principes qui dominent le droit civil.

La preuve en est que la plupart de ces ouvrages distribuent les matières comme le fait le droit civil : on est même allé jusqu'à vouloir soumettre certains rapports internationaux, tels que les conventions et la prescrip-

tion, à des règles empruntées exclusivement aux dispositions de ce droit.

Un semblable procédé devait avoir des conséquences qui se sont promptement manifestées. Souvent les Etats dans leurs rapports entre eux n'observent pas, pour des motifs absolument justifiés, ces règles soi-disant certaines et en adoptent d'autres. Nos internationalistes, sans se laisser ébranler par ces constatations et en tirer les conclusions qu'elles comportent, n'examinent pas si les règles du droit international, plus variables encore que celles de tout autre droit, ne seraient pas susceptibles d'être formulées avec précision ; ils ne recherchent pas les motifs de politique générale de la conduite de ces Etats ; ils se bornent à les blâmer d'avoir enfreint les règles du droit international (1).

C'est précisément ce qui s'est passé lors du développement de l'impérialisme dont toutes les manifestations (hégémonie, occupation de fait, protectorats, hinterland, interventions plus ou moins pacifiques, cessions d'administration, baux à longue durée touchant l'exercice de la souveraineté) ont été condamnées par les auteurs des pays de codification au nom de l'indépendance et de la souveraineté des Etats. Ces manifestations sont au contraire, pour le droit international le point de départ d'un rajeunissement devenu nécessaire par le fait des transformations économiques de la société civilisée.

Le droit international a donc été étudié d'après une méthode vicieuse. Sauf pour ce qui concerne les con-

(1) Faisons toutefois une exception en faveur de l'enseignement que donnent du droit international et du droit des gens. MM. Renault et Dupuis à l'Ecole des sciences politiques. Cf. Dupuis, *Le droit de la guerre maritime d'après les doctrines anglaises contemporaines*. Paris, 1889.

Nous croyons devoir encore signaler les indications et les notes de M. Fauchille, dans le *Manuel de droit international public* de M. Bonfils.

ventions dont le domaine d'application s'étend de jour en jour, il est non seulement coutumier par ses origines et son développement, mais il s'inspire toujours de la situation politique de chaque époque, et pourtant ses règles se modifient constamment et se modèlent sur les besoins sans cesse variables de la vie internationale du monde civilisé.

Les relations entre Etats ne sont donc pas régies, comme on le croit trop souvent, par des principes abstraits et uniformes; c'est, au contraire, de la politique particulière à chacun de ces Etats qu'il faut tirer les règles du droit international, variable suivant le degré de civilisation différente auquel peuvent être parvenus les différents pays, ou la situation spéciale dans laquelle ils se trouvent. C'est cette dernière circonstance qui a fait naître le droit international américain (1).

(1) Voici les motifs généraux pour lesquels il existe un droit international américain, et pourquoi il importe d'appeler l'attention sur son existence. Nous nous réservons d'ailleurs nous-même de traiter cette question dans un ouvrage ultérieur.

La doctrine de Monroë se proposait, et a eu effectivement pour résultat de faire de l'Amérique latine un continent indépendant et distinct de l'ancien. Elle s'est opposée à ce que la civilisation du nouveau monde ne fût qu'une reproduction de celle de l'ancien, comme il en est aujourd'hui pour le monde que nous appellerons deux fois nouveau : l'Océanie. Le fait que le nouveau monde a soudainement été isolé de l'ancien, à la suite des révolutions qui lui ont fait acquérir son indépendance et mis en possession d'énormes étendues de territoire presque inhabitées, explique tous les grands problèmes de politique intérieure et extérieure des pays américains : guerres civiles de plusieurs sortes, isolement politique entre ces pays, querelles nées à l'occasion de la délimitation de leurs frontières, et surtout les deux plus redoutables problèmes de l'heure présente : le besoin d'attirer chez eux l'immigration européenne, avec les conséquences qu'elle entraine, et l'hégémonie des Etats-Unis de l'Amérique du Nord. Cet état de choses soulève autant de questions qui, en tant que particulières à l'Amérique, crée ce que nous appelons le droit international américain. La base de ce droit repose donc sur un triple fait, étranger à l'Europe : manque de traité d'alliance et d'équilibre

Le droit international doit donc être étudié, comme nous le montrerons ultérieurement, d'après les données de l'histoire diplomatique et de la politique contemporaine. La première étudie les modifications incessantes des rapports entre Etats et en explique les motifs, la seconde détermine les règles qui les régissent actuellement et les modifications plus ou moins profondes qu'elles ont subies ou subiront dans l'avenir.

Quand on aura assigné ces bases à l'étude du droit international, on évitera les erreurs et les déceptions inséparables d'un état où sont données comme certaines des règles qui n'ont jamais été fixées, ou sont tombées en désuétude, ou n'ont enfin jamais existé que sous la plume de leurs auteurs.

II

Si l'on envisage le côté de la question qui a trait à la politique intérieure, le droit privé codifié, en considérant toujours l'individu comme isolé et indépendant de ceux qui l'entourent, a nui au développement des rapports des individus entre eux ou avec l'Etat.

La codification a aussi sa répercussion sur le droit public qui tend comme le droit privé à se donner des règles fixes et précises.

L'idée que les pouvoirs publics ne doivent avoir sur

entre eux ou avec l'Europe; besoin d'augmentation de la population par l'immigration, et hégémonie américaine.

Il est certain que si l'Amérique latine avait reçu, après son indépendance, un puissant courant d'immigration étrangère et surtout anglaise, ces Etats formeraient aujourd'hui une confédération ou une fédération plus grande et plus puissante que l'Amérique du Nord, par là même l'équilibre européen se serait rompu, la question mondiale d'aujourd'hui, la question du pacifique qui intéresse tout à la fois l'Europe, l'Asie, l'Amérique et l'Océanie, serait déjà résolue.

les individus d'autres droits, ni ceux-ci à leur égard d'autres devoirs que ceux expressément déterminés par la loi, quoique en principe juste, a été exagérée jusqu'à nuire au bon fonctionnement des services publics. C'est là une exagération qui a gêné l'adaptation du droit aux nouveaux besoins de la société.

Le droit public ne s'est donc pas développé conformément à sa véritable nature. Les publicistes, imbus de la codification du droit civil, se figurent par respect pour les textes, que le droit public doit progresser comme le droit privé, auquel ils empruntent même certaines règles qu'ils transportent dans leur domaine en les y adaptant. Citons à cet égard les règles qui concernent la responsabilité civile de l'Etat à propos des fautes de ses agents.

Ainsi, d'une part, il n'y a de droits et d'obligations en droit public que ceux sanctionnés par un texte de loi, et de l'autre, si le besoin d'une réglementation qui fait défaut vient à être éprouvé, ce n'est pas par un élargissement des règles propres au droit public que la lacune est comblée, c'est par un emprunt aux dispositions du droit privé : c'est à tout le moins bizarre.

CHAPITRE VI

INFLUENCE DE LA CODIFICATION FRANÇAISE SUR LA LÉGISLATION DES PAYS EUROPÉENS ET AMÉRICAINS

I

Quelle influence la codification française dont nous supposons désormais connus les bases et les principes, a-t-elle exercé sur les pays existant déjà à l'époque où a été fait le Code ou nés depuis ? Cette question n'a pas encore été traitée, croyons-nous, avec l'ampleur qu'elle mérite, ni envisagée sous son véritable aspect. Sans prétendre en faire un exposé complet dans ce travail dont le but est autre, nous devons pour la clarté même de notre exposé en indiquer les lignes générales.

Il y a deux périodes à distinguer : l'une pendant laquelle Napoléon impose le Code aux peuples qu'il a vaincus, l'autre de beaucoup plus importante, pendant laquelle l'action du Code n'est due qu'à sa force naturelle d'expansion.

Pendant la première période, le Code suit le sort des armes de Napoléon qui l'établit sur les peuples conquis, sans se soucier si le pays où il l'importe est réellement mûr pour la codification. Mais l'empereur avait une foi absolue dans l'excellence de son œuvre législative et son Code suivit le sort de ses propres armes et se propagea à mesure que s'étendait l'Empire lui-même.

Parmi les pays où le Code civil fut introduit presque dès son apparition il faut distinguer :

1° Ceux où il entra en vigueur dès sa promulgation, parce qu'ils étaient eux-mêmes annexés à la France à l'époque de la paix d'Amiens (1802).

Ce sont : la Belgique, le Luxembourg, le Palatinat, la Prusse rhénane et la Hesse Darmstadt qui sont situés à gauche du Rhin, Genève, la Savoie, le Piémont, les duchés de Parme et de Plaisance ;

2° Les pays soumis à l'empire du Code par l'effet des conquêtes de Napoléon : l'Italie (décret du 30 mars 1806), la Hollande (décret du 18 octobre 1810), les départements hanséatiques (sénatus-consulte du 13 décembre 1810) et le grand-duché de Berg (décret du 17 décembre 1811) ;

3° Enfin les pays qui adoptèrent volontairement le Code français (royaume de Westphalie, 1er janvier 1808), le Hanovre par l'effet de sa réunion à la Westphalie en 1810, les grands-duchés de Bade, de Francfort et de Nassau, certains cantons suisses, la ville libre de Dantzig, le grand-duché de Varsovie, les provinces illyriennes, royaume d'Illyrie depuis 1816 ; le royaume de Naples depuis le 1er janvier 1808) (1).

La chute de l'Empire influa sur la destinée des pays auxquels le Code avait été imposé. Beaucoup, parmi lesquels les Etats de l'Italie, sauf Naples, s'en débarrassèrent, quelques-uns le modifièrent en le conservant ; d'autres le gardèrent purement et simplement (2).

(1) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, tome Ier n° 128., Cf. Glasson, *Eléments du droit français*, tome Ier, n° 15.

(2) Planiol, *op. cit.*, tome Ier, n° 129 et Glasson, *op. cit.*, tome Ier, n° 15.

II

La deuxième période est celle pendant laquelle le Code français a manifesté sa force d'expansion qui, à l'instar de celle de la législation romaine, a été grande.

L'attention des peuples est désormais attirée sur l'idée de codification, dont l'influence s'exerce d'ailleurs avec plus ou moins de force sur chacun d'eux. A ce point de vue, il faut considérer, en faisant abstraction des pays anglo-saxons nettement hostiles à toute idée de codification et qui ont conservé leur ancien système de droit, deux groupes de pays, sans que les considérations générales émises sur chacun d'eux, soient également vraies de tous les pays qui les composent :

1° Le groupe des pays de race latine. Ils ont pu juger à l'apparition du Code civil de la décrépitude de leurs institutions. Ils acceptent donc comme articles de foi non seulement l'idée de codification, mais ses bases et les principes dont elle s'inspire dans la réglementation qu'elle fait des institutions. Ces pays, à de légères différences près, reproduisent les dispositions du Code.

2° Le groupe des pays saxons et des pays slaves. Ils montrent pour la codification un zèle très mitigé. Dans les trois premiers quarts du siècle dernier tous ne se sont pas donné des codes, et si certains d'entre eux l'ont fait, ils sont loin d'avoir admis tous les principes de la codification napoléonienne. Ils se sont au contraire en général inspirés de leurs propres traditions, tout en tenant compte des modifications subies par leur état social. Aussi ont-ils pris pour modèle les codes édictés par les peuples de même race qu'eux et ayant apparu à une époque antérieure ou concomitante à celle du Code français, notamment les codes prussien et autrichien. Aujourd'hui qu'existent le nouveau Code civil allemand

et le projet de code suisse, on peut dire que tous les Etats de ce groupe se sont ralliés à la codification mais qu'ils n'ont pas adopté toutes les bases et tous les principes du Code civil français.

III

On n'a pas jusqu'à présent approfondi les motifs pour lesquels tous les pays ne se sont pas ralliés au système français de codification. On se borne en général à déclarer que la codification est issue de la Révolution, qui, elle, s'est propagée avec les principes révolutionnaires, et qu'elle n'a été répudiée que par des pays arriérés au point de vue juridique.

C'est là une manière de voir inexacte. Si l'Angleterre a dès le début opposé une résistance à outrance aux principes révolutionnaires, si elle avait l'esprit conservateur et était naturellement fière de ses institutions (1), son hostilité pour la Révolution et son conservatisme ne suffisent cependant pas à expliquer pourquoi ce pays, qui manifeste son goût pour la liberté à la fois par ses institutions et ses traditions, a répugné à l'idée de codification.

Si l'on veut juger combien est fausse l'idée d'après laquelle les pays qui ont adopté la codification se seraient inspirés des principes de la Révolution, il suffit de constater que les Etats-Unis n'ont pas de droit privé codifié et vivent encore sous l'empire de la *common law* anglaise. Or les Etats-Unis ont cependant accepté les idées révolutionnaires qu'ils ont d'ailleurs inspirées en partie, et en s'émancipant, ils ont adopté

(1) Sorel, *L'Europe et la Révolution française*, tome Ier, pp. 355 à 359.

un nouveau régime politique, tout à fait distinct de celui de l'Angleterre.

N'existe-t-il pas d'ailleurs des pays comme l'Autriche et certains Etats allemands où les principes de la Révolution française n'avaient pas encore pénétré quand ils se sont ralliés au système de la codification ?

Son expansion est donc indépendante de la destinée des principes de la Révolution. Elle s'explique par l'histoire du droit de chaque pays, et l'influence intellectuelle et morale exercée par la France sur certains pays, notamment ceux de race latine.

Considérons en effet les deux groupes de pays qui ont eux-mêmes codifié leur droit.

Le groupe des pays latins n'a si facilement accepté la codification que parce que les Codes n'étaient pas chose nouvelle pour eux ; il y existait des recueils de lois et de coutumes, et la codification de Justinien. Juristes, juges et justiciables étaient habitués à l'existence des textes de lois. Quoi d'étonnant dès lors que la simplicité, l'élégance, la méthode et l'esprit de système de la codification française les aient séduits et, qu'en adoptant l'idée de codification, ils en aient aussi tout naturellement accepté les bases et les principes d'inspiration (1).

Si la réglementation détaillée des institutions juridiques codifiée a été reproduite, sauf quelques changements de détail, par les pays latins, c'est encore l'histoire du droit qui l'explique. Les principales institutions juridiques n'ont-elles pas eu à peu près le même déve-

(1) Les républiques latines américaines, ont depuis leur émancipation, senti la nécessité de se donner un Code indépendant de celui de leur métropole. Un des meilleurs, en même temps qu'un des plus anciens, puisqu'il a été promulgué en 1855 et a commencé a être appliqué en 1857, est le code chilien. Comme tous les codes de race latine, il suit de très près le Code français. Il s'est cependant inspiré de toutes les législations en vigueur en Europe et en Amérique,

loppement dans tous ces pays ? La réglementation du Code français s'est donc trouvée par cela même facilement convenir aux exigences des Etats latins. Aussi l'apparition du Code civil a-t-elle fait éclater dans ces pays le caractère suranné de leurs institutions, et ils se sont mis au travail de la codification en prenant ce Code pour guide.

L'influence intellectuelle et morale de la France a

codifiées ou non, et même des législations anglaise et des Etats-Unis. Notamment en ce qui touche le droit international privé, la théorie de la territorialité des lois, qui est celle des deux précédentes législations, a été préférée à la théorie française des statuts. Les travaux préparatoires, qui indiquent en marge de chaque article son origine, atteste cette diversité d'inspiration. Le code chilien contient en outre certaines institutions originales qui se retrouvent dans des codes postérieurs. Si le Chili a pu avoir un Code si sélectionné et si avancé pour l'époque, c'est que, comme tous les pays de l'Amérique latine, il est né en un jour à la vie politique, et que ses institutions juridiques étaient sans attache profonde avec le passé. Aussi le Code chilien a-t-il servi de modèle à presque tous les codes des pays latino-américains, dont quelques-uns l'ont même reproduit presqu'à la lettre. Signalons parmi les institutions originales qu'il a consacrées dès 1855 :

1° L'obligation imposée aux Cours de justice de rendre annuellement compte au mois de mars au Président de la République des difficultés d'interprétation soulevées par les lois, ou des lacunes qu'ils avaient pu constater (art. 5). Si cette disposition n'a malheureusement pas été observée, elle atteste le sentiment qu'ont eu ses auteurs de la nécessité de ne pas immobiliser le droit, mais de le mettre constamment au courant des besoins de la pratique et d'associer à cet effet dans une mesure sage le juge au législateur ;

2° La précision des règles d'interprétation qu'il donne aux juges en leur enlevant, ce que nous considérons comme mauvais, tout pouvoir à cet égard ;

3° L'introduction de dispositions très complètes de droit international privé admettant le principe de la territorialité des lois ;

4° L'assimilation au point de vue des droits civils du Chilien à l'étranger ;

5° L'attribution de la personnalité juridique aux sociétés civiles, et le droit pour les associations reconnues licites de l'obtenir en se la faisant octroyer par le gouvernement·

6° La reconnaissance de la personnalité de tout individu né vivant, même s'il n'est pas né viable ;

7° La fixation de la majorité à 25 ans, l'individu de 21 ans pouvant

également agi très efficacement dans le même sens et l'on peut en fournir la preuve suivante. Nous avons déjà dit pourquoi seul le droit privé a été codifié en France, le droit administratif n'ayant pas encore à cette époque de passé. Or, quand les pays latins ont entrepris leur œuvre de codification, ils avaient alors un droit administratif formel ; néanmoins, tous, comme en France ils n'ont codifié que le droit privé. S'ils n'ont pas fait de même pour le droit administratif, c'est, en grande partie, parce qu'ils n'avaient pour guide aucun Code français sur la matière.

Les pays saxons et slaves qui constituent notre second groupe, ne se sont pas ralliés pour d'autres motifs à la codification. Celle-ci y a été effectuée malgré les progrès de l'école historique, née, comme on le sait, d'une réaction contre la codification ; elle a cependant forte-

acquérir une capacité presque complète, grâce à l'habilitation d'âge ;

8° L'assimilation presque complète de l'enfant naturel à l'enfant légitime ;

9° La publicité des transferts et des transmissions immobilières, et des constitutions de droit réel par la création d'un registre d'immatriculation ;

10° La limitation du droit successoral des parents au sixième degré, et l'attribution d'un droit de succession au conjoint survivant immédiatement après les descendants légitimes et en concurrence avec les ascendants légitimes les plus proches, et les enfants naturels.

11° *L'amélioration*, qui est d'un quart de la fortune du *de cujus* et s'ajoute à la réserve, mais ne peut être distribuée au gré du testateur qu'entre les seuls descendants légitimes ;

12° La portion conjugale, réserve du conjoint pauvre ;

13° L'adoption pour régime matrimonial de droit commun du régime de communauté légale français, combiné avec celui de la société d'acquêts, et la nécessité, imposée au mari, de requérir le consentement de sa femme et l'homologation du tribunal pour pouvoir valablement aliéner un propre. D'où la suppression des régimes matrimoniaux contractuels, le régime légal suffisant ;

14° La suppression de l'hypothèque légale de la femme et l'unité de régime pour ses biens dotaux comme pour ses paraphernaux.

15° L'extension du bénéfice de compétence aux coassociés, aux parents et aux débiteurs de bonne foi.

ment entravé le travail d'unification du droit allemand (1). Dans certains principes et dans la réglementation détaillée des institutions juridiques elles-mêmes, ils n'ont pas suivi le Code français. Ces pays avaient leurs institutions propres que leur histoire avait marquées d'une empreinte particulière. Différentes des institutions françaises correspondantes, elles devaient être autrement réglementées. Le droit traditionnel fut donc pris en considération par les Codes qui l'adaptèrent aux nouvelles conditions de la vie sociale. Mais le Code français, en rajeunissant les institutions qu'il avait réglementées, les avait rendues plus voisines de celles de ces pays qui purent, dans ces conditions, plus aisément leur faire certains emprunts (1).

Si certains pays saxons et slaves ont même pu adopter le Code français dans son intégrité, c'est qu'ils n'avaient pas d'histoire juridique vraiment nationale.

(1) Sur les divers codes antérieurs au code de 1900 dans les divers Etats allemands, et les tentatives de codification qui l'ont précédé, ainsi que sur ses travaux préparatoires, cf. SALEILLES, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, nos II et III.

(1) L'influence de la législation française sur le droit allemand s'est également manifestée en matière administrative, où certaines institutions sont calquées sur les institutions françaises, et où d'autres s'y sont inspirées en institutions analogues du droit français. Sur cette matière, cf. MAYER, *Le droit administratif allemand*, édition française (1903), t. I, p. 14.

CHAPITRE VII

BASES ET PRINCIPES DES LÉGISLATIONS NON CODIFIÉES. LE DROIT ANGLAIS

I

Nous avons précédemment montré que si les pays anglo-saxons ont rejeté l'idée de codification, ce n'est pas à cause de leur hostilité aux idées de la Révolution. Il ne suffit pas non plus pour expliquer ce fait de constater le traditionnalisme du caractère anglais, car il s'agit précisément de découvrir les raisons qui ont fait préférer aux Anglais leur système de législation traditionnelle. Ils ne croient nullement d'ailleurs, contrairement à certaines affirmations, à l'excellence de leur législation; ils en reconnaissent au contraire très bien les inconvénients et ont essayé à plus d'une reprise d'y remédier en recourant à la codification.

La vérité, c'est que n'ayant pas de codification dans leur histoire, ils n'ont pas été séduits par cette idée et ont pu la critiquer librement. Ils ont abouti à ce résultat : que la codification, sur les bases du code français, a autant d'inconvénients que leur propre système juridique ; qu'il ne faut pas l'édifier sur ces bases, mais sur d'autres, et que celles-ci présentent des difficultés d'exécution à peu près insurmontables.

C'est seulement, après nous être rendu compte sur quelles bases repose le droit anglais et quelle est exactement sa fonction, que nous pourrons alors comparer le

système juridique anglais à celui des pays de codification, en nous prononçant sur leurs mérites respectifs.

Si l'on remonte aux sources du droit anglais, on constate que les doctrines philosophiques du XVIIIe siècle dont le succès en France a été si grand et l'influence sur la législation de ce pays prépondérante, n'ont pas trouvé grand crédit en Angleterre, qui était cependant leur pays d'origine. Cette philosophie, qui voulait tout détruire pour tout rénover, n'a fait que passer (1).

Aussi non seulement ne dédaigne-t-on pas les anciennes sources de droit et particulièrement la coutume, mais encore est-ce d'elles que découlent le droit public et le droit privé anglais.

En matière de droit public, la constitution n'est pas tout entière écrite, et reste coutumière.

La base du droit privé est la *common law* (2) ou l'ancienne coutume générale, et l'*équity* dont il est difficile de bien préciser les origines restées obscures.

L'unique source du droit est en réalité celle des *cas* judiciaires ; car seul le magistrat a plein pouvoir pour constater l'existence des règles juridiques de la *common law* et de *l'équity*.

Dès qu'une espèce a été jugée, elle constitue un précédent qui sert de preuve à une règle juridique et la fixe, car, dès qu'un cas analogue se présentera, le juge devra se conformer aux précédentes solutions qui constatent l'existence de la *common law* et de *l'équity*.

La législation anglaise est donc en réalité moins un corps de coutume qu'un recueil de jurisprudence ; les magistrats paraissent n'avoir qu'un rôle réduit, mais il n'en est rien comme nous le verrons par la suite.

(1) Cf. sur ce point TAINE, *Origines de la France contemporaine. L'ancien régime*, liv. IV, chap. I.

(2) Le mot *law* correspond au sens générique de notre mot droit plutôt qu'à celui de loi.

Les *cas* judiciaires sont la principale source du droit : ils ne sont pas la seule. A côté d'eux il y a la loi, qui n'existe que dans les matières particulières où l'on considère comme trop arriéré la *common law*. La loi n'est donc que supplétive de la *common law*. Le législateur intervient-il : son œuvre, uniquement inspirée par les besoins de la pratique, n'a aucun des caractères qui sont les siens dans les pays de codification. Les Anglais ont le sentiment juste de l'impossibilité pour l'homme, d'assujettir l'espace et le temps à des textes de lois. On évite donc systématiquement d'édicter des lois ayant un caractère général et réglementant de façon définitive tout un ensemble de matières. Les règles juridiques édictées sont circonscrites à certains faits ou à des ensembles de faits déterminés. On légifère sur des points spécifiés ; les lois sont ensuite généralisées ou réformées : c'est là ce qui donne aux lois anglaises leur caractère particulariste. Non seulement, elles n'embrassent pas d'ensembles de matières, mais leurs dispositions ne s'inspirent pas de l'esprit d'excessive logique qui est le trait saillant des lois dans les pays de codification. Le législateur anglais ne se demande pas si le texte qu'il édicte est en harmonie avec le reste de la législation de son pays ; il ne s'efforce pas non plus d'abriter ses lois sous l'autorité d'un principe général dont son œuvre n'apparaît plus que comme une déduction logique. Le Parlement anglais admet sans embarras tel corollaire d'une vérité générale, quitte à en rejeter d'autres, malgré les exigences de la logique qui voudrait qu'on tirât d'une vérité admise toutes ses conséquences. Il n'a pas non plus la prétention d'édicter des lois définitives qu'il n'y a plus à modifier dans la suite. Il promulgue au contraire souvent des lois temporaires ou locales, applicables pendant un temps donné, ou à une région déterminée : ces dernières sont appelées

local option. Certaines lois sont facultatives, c'est-à-dire qu'on est libre de se laisser régir par elles ou de ne pas le faire. D'autres lois sont enfin présentées comme des lois d'essai (1).

L'œuvre législative, n'étant considérée comme n'ayant qu'un caractère relatif, n'inspire, ni aux jurisconsultes, ni aux juges, ni aux justiciables, le même respect superstitieux que dans les pays de codification. Aussi l'autorité morale de la loi, quoiqu'en droit pur toutes les lois soient également obligatoires, est-elle prise en considération par le législateur et le juge. Une loi peu satisfaisante est fréquemment tournée ou violée ; le législateur ne songe pas à s'élever là contre ; bien loin d'en renforcer la sanction, il recherche les causes de l'opposition qu'elle rencontre, et remédie à la situation, car il ne lui suffit pas qu'une loi soit juste en elle-même, il veut encore qu'elle donne de bons résultats et ne heurte pas d'intérêts légitimes. Le juge de son côté valide les pratiques grâce auxquelles une mauvaise loi est éludée ou reste inapplicable. Aussi beaucoup de lois sont-elles tombées en désuétude. Non seulement les tribunaux anglais jugent légitimes les infractions des justiciables aux mauvaises lois mais encore ils ne se gênent pas pour critiquer certaines lois du haut de leurs sièges en présence même des plaideurs (2).

Les lois anglaises, faites, comme on a pu s'en rendre compte, pour correspondre à des besoins pratiques, ont ainsi un caractère tout à fait opposé à celui des lois dans les pays de codification.

Le droit privé anglais, contrairement à celui des pays de codification, n'est pas enfermé dans des formules

(1) Sur ce caractère des lois anglaises, cf. Boutmy, *Essai d'une psychologie politique du peuple anglais au XIXe siècle*, p. 238 et suiv.

(2) Cf. Boutmy, *op. cit.*, p. 254 à 259.

précises : il ne constitue pas un tout systématique, puisqu'il n'est pas comme ailleurs l'œuvre exclusive de la loi ; aussi n'est-il pas toujours aisé de le connaître exactement. Mais par cela même, il ne se détache pas du milieu social auquel ses règles s'appliquent. Quel que soit le respect des juges pour les *cas* judiciaires, il évolue conformément aux besoins du milieu où son action s'exerce. Aussi ce droit fait-il insensiblement leur place aux nouvelles relations juridiques qui résultent de l'évolution sociale. Il n'est donc jamais en désaccord avec l'équité. Il ne s'inspire pas de principes fixes comme celui des pays de codification où le législateur réglemente toutes les relations juridiques, mais bien de l'intérêt social et de l'équité. Aussi ne peut on pour ce motif extraire la substance du droit anglais comme nous l'avons fait pour le droit français en résumant ses institutions : son contenu répugne à être formulé avec précision.

II

Voilà pourquoi les Anglais se sont fait de la codification, quand son problème s'est présenté à leur esprit, une tout autre idée que le législateur français et ceux qui se sont inspirés de son œuvre. Ne perdant point de vue la nature et le développement de leur Droit ils ne considèrent pas la codification, comme un ensemble de préceptes formulés par le législateur désireux d'innover : elle n'est à leurs yeux qu'une sorte de bilan général qui résume et simplifie toute la législation antérieure. Par crainte de commettre des erreurs en aussi délicate matière, soit en ajoutant des règles dangereuses, soit en en omettant d'essentielles, ils ont fini par considérer

(1) Cf. Boutmy, *op. cit.*, p. 254 à 259.

la codification comme une tâche à peu près impossible. Aussi ne sont-ils arrivés qu'à consolider certaines lois particulières, ayant trait à des matières déterminées, notamment celles du droit commercial ou du droit administratif ; mais le droit civil tout entier reste en dehors de ces tentatives de codification (1).

Les Anglais n'admettent pas plus l'idée de codification, quand elle se traduit sous la forme, non plus de lois internes, mais de conventions internationales. Plusieurs Conférences ont été réunies dans le but de codifier au moins dans ses grandes lignes le droit international privé. En 1881, l'Angleterre a été invitée à l'une de ces Conférences : son gouvernement a nettement déclaré qu'il n'y avait à son sens d'entente internationale possible que sur certains points particuliers (2). Quand une nouvelle Conférence a été convoquée en 1893, l'Angleterre a refusé d'y participer, en alléguant comme raison le caractère tout particulier de son droit (3).

L'opposition des Anglais au système de la codification n'est cependant pas absolue. Dans leurs colonies, où il n'existe pas de droit traditionnel, certains Codes ont pu être promulgués. C'est ainsi qu'à partir de 1860, l'Inde et certaines autres colonies ont reçu de l'Angleterre toute une série de Codes, réglementant presque l'ensemble de toutes les branches du droit, et même certaines parties de droit civil ont été codifiées aux Indes entre 1865 et 1872.

(1) Cf. sur les efforts faits par les Anglais pour arriver à la codification. Boutmy, *op. cit.*, pp. 249-251.

(2) *Journal de droit international privé*, 1886, p. 45.

(3) Renault, *Les conventions de La Haye (1896 et 1902) sur le droit international privé*, p. 19.

CHAPITRE VIII

DROIT CODIFIÉ ET DROIT ANGLAIS

I

Le droit privé anglais dans sa partie écrite comme dans sa partie coutumière réussit donc à se modeler sur les besoins de la pratique et est, sur ce point, en complète opposition avec celui des pays de codification.

Considérons comment fonctionnent les deux systèmes et quels sont leurs avantages respectifs. Nous nous rendrons ainsi compte, s'il en est un qui atteint plus sûrement que l'autre le but du droit privé, savoir : la sécurité des relations juridiques et l'harmonie des dispositions légales avec les besoins sociaux modernes. Notre examen nous fera-t-il constater que le droit, là où il n'est pas codifié a des effets différents de ceux que nous avons précédemment signalés dans les pays de codification, nous aurons alors à nous demander lequel des deux systèmes l'emporte sur l'autre.

Quand on les compare entre eux, on a l'habitude de faire le panégyrique de la codification, en en signalant les avantages sur le droit non codifié. Mais si ces avantages étaient si incontestables, pourquoi la codification n'eût-elle pas été acceptée comme le sont toutes les vérités scientifiques par tous les pays, principalement par les Etats de caractère libéral et progressiste, comme sont précisément ceux où le droit n'est pas codifié ?

A première vue, l'avantage paraît appartenir sans

conteste à la codification. Les règles juridiques qu'elle pose sont claires et précises ; au contraire les sources du droit anglais, la *common-law* et *l'equity* fournissent des solutions souvent obscures et incertaines, le juge ayant à les constater en se référant dans chaque cas aux précédents judiciaires qui tiennent lieu de lois.

S'il ne s'agissait que de réglementer les relations juridiques avec clarté et précision, le meilleur procédé serait sans doute de ne rien laisser à l'appréciation du juge ; mais il faudrait que ces relations fussent immuables et susceptibles d'être régies par des règles toujours identiques à elles-mêmes ; or, bien loin que les rapports juridiques aient ce caractère, ils se modifient continuellement sous l'influence des faits dont l'action s'exerce en dehors de toute législation. L'interprète et le juge sont alors obligés, même malgré eux, s'ils veulent que la règle juridique soit en harmonie avec le nouvel état de choses, de l'assouplir, de l'élargir ou même de la créer. Tâche malaisée quand le droit est codifié. D'une part en effet, il ne peut respecter à la lettre le texte de la loi : les nouvelles nécessités sociales s'y opposent absolument ; de l'autre, il est gêné pour leur donner satisfaction par la rigidité d'un texte entre les limites duquel il doit rester enfermé.

Dans les pays où le droit n'est pas codifié, il en est autrement. Les juges anglais en effet, malgré leur respect pour les *cas* judiciaires, transforment le droit sous la pression des besoins sociaux sans inconvénient, car ils ne se heurtent pas à des textes précis, universellement connus. Aussi la jurisprudence prête son concours à l'élaboration du droit. Le droit anglais se développe et se perfectionne donc d'une façon occulte. Il n'est pas détaché du milieu social qu'il régit, et il est directement influencé par les forces sociales que renouvellent les relations juridiques ; il n'est donc presque jamais en désaccord avec l'équité.

Le droit public anglais se transforme de même, et il peut progresser sans être entravé dans sa marche par des textes précis.

Ce parallèle entre les avantages du droit codifié et du droit anglais considérés au point de vue de leur fonctionnement, peut nous faire voir que le point de départ des deux législations est au fond le même. C'est pour celui-ci les *cas* judiciaires, pour l'autre le Code seul. Tous deux sont d'accord sur le caractère obligatoire des règles juridiques. A n'envisager que le point de départ, la codification a des avantages de précision et de clarté qui la rendent préférable, et ces avantages lui seraient définitivement acquis, si le milieu social qu'elle doit régir, demeurait immuable ; mais ce milieu se transformant incessamment, et ses transformations devant entraîner une évolution correspondante des règles de droit, si l'on veut qu'il y ait harmonie entre elles, les avantages de la codification sont à ce point de vue des inconvénients, et les inconvénients des législations non codifiées deviennent par contre des avantages. Voilà pourquoi les Anglais préfèrent, malgré tous ses inconvénients, leur système, et lord Bramwel, disait dans une Commission où l'on parlait d'un projet de Code pénal, que la *common-law* a une précieuse élasticité et qu'une codification à formules rigides lui ferait perdre, sans suffisante compensation, cet avantage (1).

II

Le droit non codifié a-t-il produit d'autres effets que ceux que nous avons constaté dans le droit codifié, et si oui y a-t-il lieu de le regretter ?

(1) Cité par Boutmy, *op. cit.*, p. 253.

Les juristes anglo-saxons conçoivent le droit, la justice et conséquemment la science juridique tout autrement que ne le font les pays de codification. Ici le droit a une allure métaphysique. On le considère comme une règle émanée de la volonté du législateur qui s'inspire uniquement d'un certain idéal de justice. Cette règle reste immuable tant qu'elle n'a pas été expressément modifiée et elle assigne à la société le même idéal que le législateur a eu lui-même en vue.

Il en est autrement dans les pays anglo-saxons. Les règles juridiques sont considérées comme issues des besoins de la vie sociale et elles doivent avoir pour but de leur donner pleine satisfaction en s'inspirant des convenances sociales. La notion de justice n'y subit donc pas d'altération et la science juridique n'y est pas dominée par des considérations métaphysiques, mais par des données positives essentiellement utilitaires.

Cette conception du droit a fait naître et se développer en Angleterre la doctrine utilitaire dont Bentham et Stuart Mill ont été les représentants les plus autorisés ; c'est cette doctrine qui inspire aujourd'hui toute la science juridique anglaise.

La science juridique ne s'est donc pas stérilisée dans d'interminables commentaires exégétiques. Les juristes ont pu se consacrer à l'étude de l'histoire des institutions, ou à celle de la philosophie du droit, qui a un caractère tout autre que dans les pays de droit codifié ; au lieu d'étudier les principes du droit au point de vue métaphysique, elle les étudie au point de vue historique et positif, d'où son nom d'école analytique du droit (1). Les juristes ont dirigé l'attention surtout

(1) Citons à l'appui de ce dire l'ouvrage de Austin, le fondateur de cette école, *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*, 1868, 6e édition, London, 1885. Holland, *The elements of*

vers les sciences politiques qui n'ont pas subi l'influence des méthodes juridiques mais ont été étudiées selon la méthode qui leur convient.

Aussi les Universités anglaises et des Etats-Unis d'Amérique ont-elles été organisées sur un plan qui est en contraste absolu avec celui des Universités des autres pays.

Sciences juridiques et sciences politiques ont en effet dans les pays anglo-américains, même nature et mêmes méthodes ; et leurs juristes ont une base plus large qui permet plus de liberté et de souplesse à leurs argumentations.

III

Le droit international n'est pas conçu en Angleterre de la même façon que dans les pays de codification. Il est considéré dans ceux-ci comme un ensemble de règles fixes et immuables ; en Angleterre il doit, au contraire, refléter toujours la situation politique de chaque époque, se modifier selon les besoins nouveaux tout en restant fidèle aux formules traditionnelles. Les Anglais donnent plus d'importance aux précédents diplomatiques et aux considérations que leur suggèrent la politique contemporaine ; c'est d'elles qu'ils déduisent les règles internationales.

Cette différence de point de vue se manifeste très nettement à propos du droit de guerre maritime, qui, contrairement à ce qui a lieu dans les autres pays,

jurisprudence, 8e édition, 1896. Markby, *Elements of Law*, 5e édition, 1896. Pollock, *Essays in jurisprudence and Ethics*. « *First book of jurisprudence* », 1896. Salmond, *Jurisprudence or the theory of the Law*, 1902.

notamment en France, a toujours été envisagé en Angleterre d'une manière positive et pratique, conformément à l'intérêt des belligérants.

Il y a plus : les règles elles-mêmes du droit international conventionnel y sont tout autrement comprises. On peut prendre pour exemple la déclaration de Paris du 16 avril 1856 qui est interprétée par la France et les autres pays de codification selon la méthode purement dialectique, tandis que les Anglais apportent dans cette œuvre un esprit bien différent (1).

Cette manière purement positive et pratique d'envisager les rapports du droit international est celle non seulement des publicistes, mais encore et surtout des hommes politiques anglais. C'est pourquoi la politique internationale anglaise a un caractère si marqué et s'affirme aujourd'hui avec tant de persévérance et de ténacité dans de certaines matières et d'opportunisme dans d'autres.

En de certaines matières en effet, les Anglais sont essentiellement opportunistes ; par exemple, en ce qui concerne leur régime colonial, suivant lequel chaque colonie est soumise à un régime différent selon les circonstances politiques dans lesquelles elle se trouve ; c'est là en grande partie, la cause des succès coloniaux de l'Angleterre.

IV

Le droit public n'est pas aussi différent en Angleterre du droit privé qu'il l'est dans les autres pays, et même le droit administratif est conçu tout autrement

(1) Sur cette matière, cf. Charles Dupuy, *Le droit de la guerre maritime d'après les doctrines anglaises contemporaines*, Paris, 1899. Préface.

qu'en France ; il n'existe pas en effet un droit administratif dans l'acception française de ce mot (1).

Le développement du droit public se fait selon sa nature particulière, sans emprunter le mécanisme des institutions du droit privé. D'autre part, les pouvoirs publics ne s'inspirent pas dans leurs actes de considérations juridiques ; le pouvoir législatif, en effet, dédaigne la logique pour ne prendre en considération que les besoins sociaux.

(1) Voyez sur cette matière Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel* (traduction française), Paris 1902, Appendice, notes IX et X.

DEUXIÈME PARTIE

RÉACTION CONTRE LES PRINCIPES ET LES EFFETS DE LA CODIFICATION

CHAPITRE I

LE DROIT PRIVÉ CODIFIÉ DEVANT L'OPINION AU COURS DU XIXe SIÈCLE

I

Comment le Code civil français a-t-il été apprécié et critiqué au XIXe siècle soit au point de vue du fond, soit à celui de la méthode ? C'est ce qu'il y a maintenant lieu d'examiner. Il l'a été de diverses manières, selon la nature des études auxquelles se livraient les auteurs de ces jugements et leurs doctrines. Il faut distinguer suivant qu'il s'agit d'économistes, d'historiens, de philosophes, de juristes.

Les historiens font du Code une incarnation vivante de Napoléon ; ils le regardent presque comme son ouvrage exclusif et ils le jugent selon les sympathies que leur inspire Napoléon.

C'est ainsi qu'Edgard Quinet qui voit clairement qu'un Code civil est constitué par « les principes fondamentaux, les formules générales d'où dépend son caractère »,

se montre grand admirateur du projet présenté par Cambacérès en 1793 à la Convention, et il admet que ses principales formules ont passé presque littéralement du Code de la Convention au Code de l'an XII. Pour lui, le Code de la Convention est seul véritablement novateur ; le Code actuel n'en est qu'une amplification plus ou moins heureuse (1).

D'autres historiens, au contraire, sont partisans résolus de Napoléon et de son œuvre, par exemple Thiers (2).

II

Quant aux philosophes, il faut distinguer entre les juristes et les sociologues.

Nous avons déjà dit que ceux qui se sont occupés de la philosophie du droit ont simplement subi l'influence du législateur français et se sont ralliés au système dont s'inspire la doctrine. En ce qui concerne les matières traitées par le Code, les critiques qu'ils adressent aux lois positives leur sont inspirées par des spéculations faisant table rase de l'évolution sociale contre laquelle, sans chercher à se conformer à sa marche, ils essayent de réagir en ayant recours à la législation.

Rangeons aussi dans la catégorie des philosophes les théologiens qui ont examiné le Code civil au point de vue théologique et du Droit canon (3). Leur théorie à

(1) Edgard Quinet, *op. cit.*, t. II, livre XV, n° II.

(2) *Histoire du Consulat et de l'Empire*, notamment t. III, p. 344, t. XX, p. 723-726.

(3) Gousset, *Le Code civil commenté et expliqué dans ses rapports avec la théologie morale et le Droit canon*, 1843. Cf. Allègre, *Le Code civil commenté à l'usage du clergé dans ses rapports avec la théologie morale, le Droit canon et l'économie politique*, Paris, 1888.

cet égard est la même que celle des philosophes, dont ils ont subi l'influence et auxquels ils ont, par réaction fait subir la leur. Ils sont donc, sauf dans certaines matières, comme le mariage civil et le divorce, influencés par les doctrines du Code dont ils se plaisent à signaler l'harmonie avec les préceptes théologiques (1).

III

Quant aux philosophes sociologues, ils ont des vues plus hardies. La raison en est simple.

Les doctrines sociales des philosophes ont en grande partie préparé la Révolution française ; mais, en retour, l'influence révolutionnaire s'est fait sentir sur l'orientation et la nature des doctrines sociales qui se sont produites depuis elle.

La première génération du XIXe siècle, celle antérieure à 1830, a cru de bonne foi que l'ancien régime avait croulé tout entier et que la tâche lui incombait, soit de le restaurer, soit de reconstituer la société sur de nouvelles bases ; c'était là la question que se posaient tous les philosophes de l'époque, étant tous d'accord sur ce point qu'il y avait lieu de réédifier la société (2).

Sans nullement prétendre faire même une esquisse de la philosophie sociale du XIXe siècle dans ses rapports avec le droit civil, il nous suffira d'indiquer dans ses traits généraux les conceptions juridiques des sociologues qui ont plus ou moins marqué et qui ne se rattachent pas à une école déterminée ; de celles-ci nous nous occuperons dans la suite.

(1) Allègre, *op. cit.*, t. I, Avant-propos, p. VII.
(2) Lévy-Bruhl, *La philosophie d'Auguste Comte*, Paris, 1900. Introduction, nº 1.

Leur méthode d'étude de la société est semblable à celle des philosophes du XVIIIe siècle : elle est d'observation, rationaliste et idéaliste ; ils partent de l'observation de la société passée et actuelle pour s'élever à un idéalisme bien défini où les spéculations de la raison jouent un rôle considéable. La remarque est surtout vraie pour l'école appelée théocratique (dont plusieurs membres ont écrit à la fin du XVIIIe siècle) ; ses adeptes s'élèvent avec force contre le rationalisme des philosophes du XVIIIe siècle et ils en font pourtant pour leur propre compte. Ils sont donc imbus de leur esprit, quoiqu'ils les aient combattus (1).

Il en est de même, quoique à un degré moindre des positivistes, bien que Auguste Comte et ses disciples aient prétendu faire de l'observation de la société dans le passé la caractéristique et la base de la sociologie.

Tous les philosophes sociologues du XIXe siècle ont cependant un mérite qu'on ne saurait assez louer : ils ont combattu l'*individualisme* au double sens du mot, consacré par le Code, et leur idéalisme unit intimement le droit et la morale, la justice et l'équité ; ils font de la morale la véritable science finale et elles veulent que l'individu, avant de revendiquer ses droits, soit pénétré de ses devoirs envers l'humanité. Toutes ces idées ont été nettement exprimées surtout dans la philosophie de Comte.

Les doctrines sociales des philosophes du XIXe siècle qui se rapportent directement au droit codifié sont celles de l'école théocratique, de Saint-Simon, d'Auguste Comte, de Fourier et de Proudhon.

Les théocrates veulent réagir contre les doctrines politiques du XVIIIe siècle et leurs théories aboutissent à la négation pure et simple de l'individualisme. Sans

(1) HENRY MICHEL, *op. cit*, livre I, chap I, pp. 129-133.

vouloir montrer jusqu'à quel point leur doctrine a été ou non une réaction contre la doctrine des philosophes du XVIIIe siècle, qu'il nous suffise d'indiquer que de Maistre en 1810 et Ballanche en 1818, conçoivent, au fond, la législation de la même manière que Rousseau ; le différence est toute de forme : pour celui-ci la loi exprime la volonté du peuple ; pour ceux-là elle est la volonté de Dieu (1).

Saint-Simon et Auguste Comte ont eu, comme on le sait, des opinions qui sur plusieurs points ont une parenté étroite. Tous deux professent un grand mépris pour le droit, tel qu'il a été conçu jusqu'alors, et peut-être un plus grand mépris encore pour les juristes. Ils s'élèvent aussi contre la notion de liberté individuelle à laquelle ils opposent celle de l'autorité sociale.

Dès 1816 Saint-Simon s'attaque au droit et aux juristes. Les Codes et les juristes sont les représentants d'un passé d'égoïsme ; à ses yeux, il n'y a pas de droit au sens qu'on attribue d'ordinaire à ce mot ; il n'y a que l'intérêt bien compris, et il réclame alors une académie chargée de faire le « Code des intérêts ».

Saint-Simon est également sévère pour les juristes. Il leur reproche spécialement leurs opinions imbues du droit existant et du droit traditionnel et leur inaptitude à comprendre les transformations sociales et conséquemment les nouvelles bases sur lesquelles le droit doit désormais reposer ; leurs théories ne correspondent donc plus aux besoins des sociétés modernes. Les juristes exercent d'ailleurs une influence fâcheuse sur la législation à l'avenir ; ils se contentent de retouches partielles aux vieilles lois alors que l'état présent de la

(1) Voyez sur la doctrine politique des théocrates, HENRY MICHEL, *op. cit.*, livre I, chap. I, pp. 108-133.

société exigerait une refonte générale. Il a émis enfin des idées très intéressantes sur la propriété (1).

Auguste Comte a lui aussi les mêmes défiances contre le droit et les juristes. La notion de devoir est si prépondérante dans son système qu'il va jusqu'à nier la conception du droit tel qu'il existe aujourd'hui. Cette idée doit pour lui disparaître dans l'état positif, car elle est une notion métaphysique. L'idée de droit, dit-il, « est fausse autant qu'immorale, parce qu'elle suppose l'individualité absolue » (2).

Toutes hardies et révolutionnaires que soient les doctrinos elles-mêmes de Comte sur le droit, il n'est plus novateur, chose digne de remarque, quand il étudie la famille. Il y subit au contraire ouvertement la conception que s'en est faite le Code. Le mariage est à ses yeux une des bases nécessaires pour toute société ; il s'oppose en conséquence à tout ce qui est une cause d'affaiblissement pour le mariage et tend à désorganiser la famille et par suite la société ; il en arrive par là à condamner le divorce. Dans les rapports entre conjoints il admet la subordination de la femme au mari ; car, au point de vue intellectuel, il considère la femme comme inférieure à l'homme. Il demande aussi l'assujettissement etroit du fils de famille au père (3). Stuart Mill était sur ces derniers points d'un avis contraire, et c'est un des motifs pour lesquels il se sépare de la philosophie positive de Comte.

Fourier et Proudhon se sont également occupé du droit. Le premier veut fonder le droit sur la libre asso-

(1) Saint-Simon, *L'industrie* dans les *Œuvres de Saint-Simon et d'Enfantin*, t. XIX, pp. 218-219. Cf. *Du système industriel* dans l'*op. cit.*, t. XXI, pp. 11-15, 82-83. Cf. *Vues sur la propriété et la législation* (édition Olinde Rodrigues).

(2) Comte, *Cours de philosophie positive*, t. VI, p. 480. Sur la véritable portée de la doctrine de Comte sur le Droit, cf. Lévy-Bruhl, *La Philosophie d'Auguste Comte*, Paris 1900, pp. 375-378.

(3) Comte, *op. cit.*, t. IV, 50e leçon.

ciation ; dans sa théorie sur la famille il va jusqu'à admettre la poligamie et l'amour libre (1) Proudhon, lui, veut fonder le droit sur le sentiment de la dignité humaine. Ses vues sur la propriété sont d'ailleurs connues ainsi que l'influence qu'elles ont exercée.

IV

Il faut maintenant mentionner certaines doctrines générales qui ne sont plus celles de philosophes déterminés mais qui par leur plus ou moins de succès ont exercé une réelle influence sur les conceptions juridiques et sociales.

Ces doctrines manifestent une double tendance : les unes prétendent confirmer ou simplement modifier le régime juridique existant ; les autres veulent réagir de façon plus ou moins radicale. Les premières, sont les doctrines libérales ; les secondes les démocratiques et socialistes.

V

L'école libérale a pour caractéristique comme les doctrinaires, d'opposer l'individu à l'Etat, contrairement aux idées des philosophes du XVIIIe siècle qui non seulement n'admettaient pas cette opposition, mais croyaient au contraire à l'harmonie des deux points de vue. La conséquence logique de cette idée des rapports entre l'individu et l'Etat est, remarquons-le bien,

(1) Fourier, *Théorie des quatre mouvements*, pp. 147. 169, 192, 193. Cf. *Œuvres complètes* (3e édition, 1846) t. I, pp. 110 et suiv., 125, 126, 140-141.

la consécration de toutes les inégalités de fait qui existent entre les hommes (1).

Non seulement cette école ne réagit pas contre l'ensemble de la législation mais, au contraire, elle l'établit plus solidement en atténuant l'individualisme qui est à la base du Code.

Il convient de rattacher à cette école celle des économistes orthodoxes. Leur point de départ est le même : ils opposent l'individu à l'Etat. La conséquence logique de leur doctrine et leur influence sur la législation sont également celles que nous avons constatées pour l'école libérale.

VI

L'Ecole démocratique s'inspire, dans les deux ordres, politique et juridique, du sentiment des intérêts de la masse humaine ; elle croit qu'il appartient à l'Etat d'intervenir pour faire régner l'égalité et la justice dans les relations sociales. De 1830 à 1848, il n'est pas toujours facile de distinguer nettement cette école de l'école socialiste ; par leurs doctrines comme par les hommes qui les professent, elles se rapprochent singulièrement. On peut les distinguer cependant en ce que parmi les représentants de l'école démocratique les uns défendent la propriété individuelle, comme Tocqueville et Lamartine ; et les autres, tout en admettant en principe la possibilité et même l'utilité des réformes sociales, c'est le cas pour Ledru-Rollin, s'intéressent avant tout et surtout à l'organisation de la société politique (2).

(1) Voyez sur cette école Henry Michel, *op. cit.*, livre III, chap. I, II, III et VII.

(2) Henry Michel, *op. cit.*, livre III, chap. III.

L'avènement de la démocratie a produit de grandes transformations, non seulement dans l'ordre politique, mais encore dans l'ordre juridique, comme nous le verrons bientôt.

L'esprit démocratique ne s'est pas seulement infiltré dans la doctrine et la jurisprudence, il a surtout été la source d'une nouvelle législation à esprit et à tendances complètement opposés à celles du Code et que nous nous réservons d'esquisser plus loin à grands traits. Tocqueville avait déjà pressenti l'influence qu'exercerait la démocratie sur le droit, en disant que l'objet de la démocratie dans sa législation est plus utile à l'humanité que l'objet de l'aristocratie dans la sienne (1).

Quant à l'école socialiste, ses origines, ses subdivisions, les tendances de chacun de ses groupes, sa force d'expansion dans les masses populaires, sont suffisamment connues pour qu'il soit inutile d'en faire ici un exposé même sommaire. Nous verrons d'ailleurs plus loin l'influence exercée par elle sur la nouvelle législation.

VII

A côté des doctrines précédentes qui marquent une réaction plus ou moins forte contre la législation codifiée, il nous faut mentionner les efforts particuliers de quelques économistes tendant à modifier certains points du Code qu'ils trouvent critiquables. Contentons-nous d'indiquer les plus connus D'abord Pellegrino Rossi, qui appartient à l'école classique. Il a été le premier en France à attirer l'attention sur l'insuffisance de la réglementation économique du code Napoléon.

(1) Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, t. II, chap. VI.

Il a en effet remarqué que le Code était apparu dans une époque où la révolution sociale avait pris fin, mais non la révolution économique qui devait au contraire le suivre ; dès lors, si le Code a pu régler les rapports en s'inspirant des résultats de la première, il n'a pu qu'ignorer la seconde. Il y a donc, estime-t-il, sans qu'on puisse faire un reproche à personne, une lacune à remplir, et l'harmonie doit être rétablie entre le droit privé et l'état économique contemporain. Une organisation hardie et prudente à la fois de l'industrie, du commerce, de la circulation, du crédit, est le complément que réclame impérieusement l'état social de l'époque. Pour arriver à cette fin, il suffit d'ailleurs de lois partielles qui puissent s'encadrer dans le Code (1).

Les travaux de Le Play doivent être spécialement mentionnés aussi, car ils ont donné naissance à une école. Cet économiste prétend combattre les maux sociaux en restaurant l'autorité du père dans la famille et celle de l'entrepreneur dans l'atelier. A cet effet il veut rétablir la famille souche, en conférant au père la liberté de tester et en établissant l'indivision des terres après sa mort.

(1) Rossi, *Observations sur le Droit civil français considéré dans ses rapports avec l'état économique de la société*, dans la *Revue de Législation et de Jurisprudence*, année 1840, t. XI, p. 1-29.

CHAPITRE II

TENTATIVES DE RÉNOVATION DES ÉTUDES DE DROIT PRIVÉ

I

Les transformations sociales, la naissance et le développement des nouvelles doctrines, les progrès des sciences politiques et sociales et celui des méthodes d'observation, n'ont presque pas exercé d'influence sur l'esprit des juristes, non plus que sur les études juridiques, au cours du XIXe siècle. Par la conception qu'ils ont de la codification et de ses principes, ils se réduisent au rôle de simples interprètes qu'ils ont toujours estimé être le leur depuis cette époque. Quand ils critiquent la loi, ils le font toujours en se plaçant au point de vue de la logique des principes ou du droit naturel, presque jamais en envisageant les questions de haut et, en cherchant à se rendre compte des nouvelles exigences que manifestent les transformations de la vie sociale (1).

(1) Il faut faire exception pour Batbie qui a critiqué le Code et a ajouté des propositions concrètes de réformes, dans une série d'articles intitulés : *Révision du Code Napoléon*, et qui furent l'occasion d'une grande polémique avec Duverger (*Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, t. XXVIII, p. 125-162, 308-364 ; t. XXIX, p. 116-167, et t. XXX, p. 50-64, 128-148, 213-231, 322-346 et 402-436). — Cf. Huc, même Revue, t. XXX, p. 346 364. Il faut citer aussi à côté de Batbie, le jurisconsulte Emile Accolas, qui critique le Code Napoléon avec beaucoup de largeur d'idées à un double point de vue. Il l'accuse d'abord d'être une compilation, sans méthode, sans unité, sans idéal, surchargée de détails et remplie de lacunes ; d'être un ouvrage de compromis et transactions de principes contra-

L'étude du Code n'est en progrès qu'au point de vue de la méthode et ce progrès est dû en grande partie, comme nous l'avons déjà dit, aux nécessités de la pratique.

Certains juristes autorisés ont cependant fait, au cours du XIXe siècle, des efforts pour améliorer les études de droit en général et, en particulier, celles du Code civil. Dans ces derniers temps il s'est d'ailleurs produit à cet égard une véritable renaissance.

II

Au nombre de ceux qui ont fait des efforts pour améliorer les études juridiques, spécialement celles du Code, dans les trois premiers quarts du XIXe siècle en se plaçant à un point de vue autre que celui de la méthode, il faut citer Charles Comte, Laboulaye et Courcelle-Seneuil. Tous trois ils ont agi sous l'empire d'influences distinctes : le progrès des sciences de la nature par la méthode d'observation, le progrès des études juridiques en Allemagne, le progrès des sciences sociales. Aucun des trois n'est exclusivement un juriste.

En 1826 Charles Comte, à la fois juriste et publiciste, frappé des avantages de la méthode d'observation pour les sciences physiques et des inconvénients de l'apriorisme dans l'étude des sciences morales, tente de

dictoires, où se rencontrent les systèmes philosophiques et politiques les plus opposés, où n'apparaît aucune doctrine économique; et ensuite, d'avoir entravé le développement de la démocratie, ACCOLLAS, *Nécessité de refondre l'ensemble de nos Codes et notamment le Code Napoléon au point de vue de l'idée démocratique*. 2e édition, Paris, 1866, pp. 16-22 Troplong, au contraire, avait auparavant loué le Code Napoléon de son esprit démocratique, cf. *De l'esprit démocratique dans le Code civil*, dans la *Revue de Législation et de Jurisprudence*, année 1848. t. XXXII, p. 128-166; année 1850, t. XXXVII p. 321-346; t. XXXIII, p. 181-206 et t. XXXIX, p. 1-27.

régénérer le droit par la méthode d'observation et à l'aide de cette méthode de découvrir les lois suivant lesquelles les nations prospèrent, déclinent ou restent stationnaires (1). Mais il s'agit là de sociologie plutôt que de droit. Comte est un précurseur des sociologues et ses travaux, comme ceux des autres sociologues, ne sont pas précis : ils ont un caractère trop exclusivement spéculatif pour avoir abouti à aucun résultat dans la science du droit.

En 1839 Laboulaye attire l'attention sur l'essor tout particulier des sciences juridiques en Allemagne. La cause en est, dit-il, que cet essor n'a pas été arrêté par la codification comme en France. De 1815 à 1830, tandis que les jurisconsultes français absorbaient leur intelligence dans des travaux exégétiques, l'Allemagne, animée d'un esprit bien différent, s'abandonnait tout entière aux études historiques, notamment avec Niebuhr et Savigny. Il critique vivement l'enseignement du droit en France, qui se place au point de vue purement exégétique ; il juge cet enseignement « mesquin, incomplet, arriéré », et ne reconnaît aux professeurs qu'une érudition de logiciens. Il constate que, malgré les efforts faits en France pour l'amélioration des études du droit, celles-ci sont manifestement inférieures à ce qu'elles sont en Allemagne ; elles n'ont en France, dit-il, ni le mouvement ni la vie qu'elles ont de l'autre côté du Rhin. Il ne demande pas un changement radical dans l'enseignement du droit civil, mais un élargissement des études juridiques ; il veut qu'on y introduise l'enseignement de l'histoire et de la philosophie du droit, et de la législation comparée (2).

(1) Charles Comte, *Traité de législation ou exposition des lois générales suivant lesquelles les peuples prospèrent, dépérissent ou restent stationnaires*, Paris, 2e édition, 1835.

(2) Laboulaye, *De l'enseignement du droit en France et des réformes dont il a besoin*. Paris, 1839. Introduction.

Courcelle-Seneuil, qui est plus un économiste et un sociologue qu'un juriste, demande qu'on enseigne en France les principes du droit qui ne sont étudiés qu'au seul point de vue métaphysique. Il estime l'étude de ces principes indispensable, car ils sont en quelque sorte la base sur laquelle doit reposer tout le droit. Ces principes doivent être, à son avis, le résultat non de spéculations métaphysiques mais de la science contemporaine. En parlant de la méthode d'interprétation des lois il combat avec force la méthode étroite des juristes qui s'attachent uniquement au texte légal et n'ont d'autre souci que de faire preuve de logique, en ne cherchant jamais autre chose que l'intention du législateur; il leur reproche de se plaire à inventer de nouvelles solutions, qui ne dérivent que des textes légaux et non pas des nécessités de la pratique. L'interprétation, dit-il, doit être plus large, moins servile, plus imprégnée des nécessités de la pratique (1).

III

C'est à la question de méthode, avons-nous dit, que les juristes français en étudiant le Code, se sont principalement attachés. Ils n'ont d'ailleurs consacré aucun écrit à ce sujet spécial (2) ; seules les nécessités toujours

(1) Courcelle-Seneuil, *Préparation à l'étude du droit. Etude des principes*. Paris, 1887. Préface, et livre III, chap. X.

(2) En Italie, nombre d'auteurs se sont occupés de ce sujet :

Tedeschi, *Méthode dans l'étude du droit civil* (Turin, 1877). — Brini, *Essai sur les institutions de droit civil italien* (Archivio juridico), 1881. — Gianturco *Les études de droit civil et la question de méthode en Italie* (dans le Filangiéri, 1891). — Vadala-Papale, *Le code italien et la science* (Naples, 1891) ; *Le droit civil dans l'enseignement universitaire* (Archivio juridico, 1882). — Salvioli, *Méthode historique dans l'étude du droit civil italien* (Palerme, 1884). — Melucci, *Méthode et questions du droit civil*

croissantes de la pratique les ont obligés à changer leur méthode en l'élargissant toujours davantage.

Le jurisconsulte allemand Zachariæ fait exception. Presque dès l'apparition du Code Napoléon, il en fit un exposé dans une forme non exégétique mais que l'on peut qualifier de *rationnelle* ou de *scientifique*. A l'aide des constructions juridiques, il expose les matières non selon l'ordre des titres du Code Napoléon, mais selon un ordre de groupement rationnel des idées. En France, Aubry et Rau, ont eux aussi exposé le Code français selon la méthode de Zachariæ (1).

La supériorité de cette méthode a fait la célébrité de cet ouvrage, qui malgré son ancienneté, est encore regardé aujourd'hui comme le meilleur exposé doctrinal du Code français.

Et chose curieuse, cette méthode, malgré sa supériorité, n'a pas été suivie, sauf une exception sur laquelle nous aurons à revenir, par les juristes, ni dans leurs commentaires du Code, ni dans leur enseignement. Massé et Vergé ont même fait une traduction de l'œuvre de Zachariæ, en changeant la méthode et en rétablissant l'ordre suivi par le Code Napoléon (2).

A part l'ouvrage de Aubry et Rau, tous les juristes du commencement du XIXe siècle exposent et enseignent le Code civil d'après la méthode exégétique. Duranton, qui

(Turin, 1884). — CUTURI, *Sur les discussions récentes sur la méthode dans l'étude du droit civil* (Bologne 1887). — ASTURATO, *La science du droit et le problème de sa méthode* (Revista scientifica del diritto), t. I, p. 6 et suiv., 85 et suiv., 621 et suiv. En Espagne, se sont occupés de la question de renouvellement des études de droit civil au point de vue de la méthode : POSADA, ASCARATE, Y SANCHEZ-ROMAN.

(1) AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ.*

(2) MASSÉ et VERGÉ, *Le droit civil français*, par K.-S. ZACHARIÆ, *traduit de l'allemand sur la 5e édition, annoté et rétabli suivant l'ordre du Code Napoléon*, Paris 1854.

a suivi cette méthode dans le commentaire qu'il a donné du Code vingt ans après son apparition, reconnaît déjà l'importance qu'a l'étude de la jurisprudence à côté de celle de la loi et lui consacre une grande place, mais sans en faire une étude systématique (1).

Le maître de la méthode exégétique a été Troplong. Malgré ses défauts, son œuvre est la première qui ait introduit dans le commentaire des textes légaux l'élément historique, selon les doctrines de Guizot et de Thierry (2).

L'école *dogmatique* qui est née après l'école exégétique se sépare d'elle en ce qu'elle suit l'ordre des titres du Code mais non celui des articles. Son représentant le plus illustre est Demolombe (3). L'ouvrage de Laurent dont nous avons précédemment parlé, marque un nouveau progrès dans la méthode. Il attache une importance capitale à l'étude des principes qui dominent chaque matière.

Qu'il s'agisse d'exégétisme, de dogmatisme ou de principes, toutes ces méthodes ne diffèrent que par leur façon de ranger les matières ; au fond, elles sont identiques par un côté : leur respect absolu du texte qui sert de point de départ à leurs développements, et la logique de déduction qui est leur unique moyen de résoudre des problèmes juridiques.

Depuis longtemps cependant un maître éminent de la Faculté de Paris, M. Bufnoir, avait réagi ouvertement contre toutes les méthodes d'exposition ou d'enseignement du droit, et, quoique se cantonnant dans le domaine juridique, il a fait faire un grand pas aux études juridiques. La méthode qu'il a inaugurée dans l'enseignement

(1) Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil.* Paris, 1825, Préface.

(2) Laboulaye, *op. cit.*, Introduction, n° 9.

(3) *Cours de Code Civil.*

était scientifique comme celle de Zachariæ et d'Aubry et Rau qu'il améliore d'ailleurs par des traits caractéristiques. Dans l'examen des matières qu'il étudie, il s'insurge contre la logique exagérée des solutions précédemment données, et, à l'inverse de ce qui avait été fait jusque-là, le premier, il adapte constamment le droit aux exigences de la vie réelle, et préconise toujours ouvertement, la solution la plus conforme aux besoins et aux tendances de la société. Aussi est-ce avec raison qu'on a dit que peu de jurisconsultes au XIXe siècle ont exercé une influence aussi considérable que lui sur l'enseignement de la science du droit et le développement des idées juridiques (1). Son influence n'a pas été purement scientifique ; c'est lui qui a été le promoteur de l'arrêté ministériel de 1895 dont nous aurons à parler.

M. Bufnoir a fait déjà présager une renaissance des idées et des études juridiques.

(1) GUILLOUARD, introduction à l'ouvrage *Propriété et contrat*, selon les leçons de M. BUFNOIR Paris, 1900, pp. XVII-XXIV.

CHAPITRE III

RENAISSANCE DES ÉTUDES JURIDIQUES. SYSTÈMES PROPOSÉS POUR RÉSOUDRE LES INCONVÉNIENTS DE LA CODIFICATION

I

Depuis quelques années nous assistons à une véritable renaissance des études juridiques dans les pays de codification, notamment en France et en Italie.

Avant d'exposer comment s'est manifestée cette renaissance dans ces pays, et quelles en ont été les causes, il convient de jeter un rapide coup d'œil sur le développement de la littérature juridique en Allemagne au cours du XIXe siècle ; car c'est en partie cette littérature qui a contribué, plus ou moins directement, à cette renaissance.

La littérature juridique allemande a été particulièrement abondante au cours du dernier siècle, car la science juridique n'a pas été arrêtée dans son essor comme dans les pays de codification. C'est que si l'Allemagne a eu certains de ses pays régis par des Codes, leur variété et l'absence de codification dans d'autres régions ont fait que la science du droit ne s'est pas confinée uniquement dans des commentaires stériles de textes.

Laboulaye avait déjà attiré l'attention sur ce point au milieu du dernier siècle, comme nous l'avons dit, et était parti de cette constatation pour demander la réforme et l'élargissement des études juridiques en France.

Les études juridiques qui ont pris en Allemagne un développement particulièrement important sont celles relatives à l'histoire, au droit privé, à l'encyclopédie et méthodologie et à la philosophie juridique.

On sait que l'école historique dont Savigny a été le chef a tiré sa raison d'être de la réaction qui s'est produite contre la codification en Allemagne. Elle a pris un grand développement notamment pour ce qui concerne l'étude du droit romain. La première, elle a appliqué au droit et aux sciences sociales la méthode d'observation et a fait tomber en discrédit, en Allemagne, l'ancienne conception du droit naturel.

Cette école, remarquable par certains côtés, et qui a évidemment contribué au progrès des études de droit a eu aussi ses insuffisances et ses défauts. D'abord, elle a méconnu l'évolution constante du droit et par conséquent elle n'a pas vu que le véritable nœud de la question était moins le fait même de la codification que sa réalisation sur des bases faisant obstacle à son adaptation incessante aux besoins de la vie sociale. Elle était ensuite dépourvue de tout idéal juridique ; elle juge cette notion inutile et même dangereuse ; elle n'apprécie pas non plus ni ne juge les événements : elle se borne à les constater, et à en justifier l'existence, sans se préoccuper de leur valeur ni au point de vue moral ni à celui de l'intérêt social.

Il convient de ranger dans cette catégorie d'études les travaux de Ihering qui s'est élevé avec force en Allemagne contre le dogmatisme du droit et a déclaré que c'était en méconnaître l'essence que de vouloir faire de la jurisprudence, au nom de la logique, la mathématique du droit (1). Ses travaux sur la législation romaine,

(1) *Esprit du droit romain*, traduction Meulenaere, 2e édition, tome IV, § 69 et *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain*, traduction Meulenaere, 1902, pp. 71 à 83 et 309 à 882.

en particulier ses derniers ouvrages, accusent une méthode bien différente de celle des exégètes. Il a provoqué un grand mouvement d'idées qui a abouti en Allemagne au rajeunissement de la science juridique.

La littérature sur les matières du droit privé est très abondante. Deux branches d'études existent à cet égard : le *Pandektenrecht* et le *Deutsches Privatrecht*. Dans l'une comme dans l'autre les juristes s'affranchissent des textes légaux.

Les études encyclopédiques ont également donné lieu à une littérature très abondante, relative à chacune des deux conceptions qu'on s'est faites de l'encyclopédie juridique. C'est entre 1840 et 1860 que ce genre d'études a atteint son plus grand développement ; il a ensuite décliné.

Les études de philosophie du droit ont été également prospères ; on ne s'inspire plus du droit naturel, discrédité par l'école historique, mais surtout de la conception de Schelling, qui s'inspire de la réalité concrète ; on s'attache à expliquer les fondements du droit et à en étudier les formes historiques ; cependant on ne se sert pas de la méthode d'observation ; on part toujours de principes *a priori*. C'est pour ce motif que les principes de cette philosophie ont un caractère individualiste et bourgeois emprunté en grande partie à la législation positive contemporaine.

Ces études, de même que celles d'encyclopédie juridique sont tombées en décadence dans les dernières années du XIXe siècle et ont été remplacées par celles de la *théorie générale du droit* ou *dogmatique juridique*, qui se propose d'exposer les principes généraux du droit tels qu'ils résultent de l'analyse du droit positif. Cette analyse étant faite exclusivement d'après la méthode historique et positive. Cette conception et cette méthode

d'étude sont celles de l'école analytique anglaise dont nous avons précédemment parlé (1).

II

Examinons à présent comment s'est opérée la renaissance des études juridiques dans les pays de codification. Cette renaissance est scientifique et pratique en raison du caractère des causes qui l'ont produite.

Les causes de caractère scientifique sont les mêmes qui ont déterminé certains auteurs à s'occuper depuis longtemps de la rénovation des études juridiques : le progrès des sciences de la nature par l'emploi de la méthode d'observation, le progrès des sciences sociales et aussi le progrès des études juridiques en Allemagne.

La cause de caractère pratique, c'est le sentiment toujours plus intense de l'impuissance de la législation codifiée à satisfaire aux nouvelles exigences de la vie sociale.

III

La première cause de caractère scientifique a agi surtout en Italie. Les progrès des sciences de la nature y ont exercé une influence prépondérante sur le développement de l'école criminelle anthropologique, qui s'est répercutée sur les sciences juridiques elles-mêmes. Bon nombre de juristes imbus des doctrines des sciences naturelles et de celles de l'école anthropologique pro-

(1) Voyez sur ces matières, Korkounov, *Cours de théorie générale du droit* (traduction française de Tchernoff), Paris, 1903. Introduction, pp 1-44. Cf. Saleilles, *Ecole historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents*, dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 1 (1902), pp. 80-112.

posent d'appliquer la théorie de l'évolution darwiniste aux études de droit civil, et de le vivifier en même temps par les résultats de certaines sciences notamment l'anthropologie (psychologie, psychiatrie, médecine légale et sociologie). Bien que quelques-uns des travaux de cette école soient très importants, le point de vue si exclusif qui consiste à voir dans le droit une évolution conforme aux lois de la nature, a fait qu'elle n'a pas produit les résultats qu'on attendait (1).

La deuxième cause de caractère scientifique a agi en Italie et en France.

L'économie politique moderne a battu en brèche les principes de l'école libérale ; elle s'est davantage rapprochée de la réalité et a éclairé d'un nouveau jour beaucoup d'institutions juridiques. C'est ainsi que depuis longtemps on s'est occupé non seulement des rapports étroits qu'il y a entre le droit privé et l'économie politique (2), mais qu'on a étudié le droit commercial en

(1) Cogliolo, *Essai sur l'évolution du droit privé. La théorie de l'évolution darwiniste dans le droit privé.* — Vadala-Papale, *La nouvelle tendance du droit civil en Italie* (1883). — Cimbali, *L'étude du droit civil dans les Etats modernes* (1881) ; *La nouvelle phase du droit civil.* — D'Aguanno, *La genèse et l'évolution du droit civil* ; *La réforme intégrale de la législation civile.* — Cf. en France, Manouvrier. *L'Anthropologie et le Droit.* dans la *Revue Internationale de Sociologie.* année 1894, p. 241-273 et 351-370.

(2) En France, la nécessité de ce rapprochement a été reconnue dès 1849 par Laboulaye, cf. *Trente ans d'enseignement au collège de France* (cours inédits). Paris 1888, pp. 27-40. Rivet, *Des rapports du droit et de la législation avec l'économie politique*, Paris, 1864. A. Jourdan, *Des rapports entre le droit et l'économie politique*, Paris 1884. A. Béchaux, *Le droit et les faits économiques*, Paris, 1889. Minghetti, *Des rapports de l'économie publique avec la morale et le droit.* Florence, 1859, traduction française de Leduc, Paris, 1863. En septembre 1886, la société d'économie politique de Paris a discuté la question suivante : « l'économie politique est distincte comme science de la morale et du droit ? » Dans cette discussion, Léon Say a soutenu que l'économie politique ne doit pas

le vivifiant au contact de cette dernière science. Citons à cet effet les travaux de Vivante, de Marghieri et surtout de Vidari (1) en Italie, de Lyon-Caen et Renaud (2) et de Thaller (3) en France.

En France, cette renaissance scientifique a un caractère officiel dès 1895, époque à laquelle un arrêté ministériel a doublement réformé l'enseignement. Cet arrêté a d'abord introduit largement dans les Facultés de droit l'enseignement des sciences politiques et économiques auxquelles n'était alors réservée qu'une place restreinte et effacée, et a de plus créé un doctorat politique et économique, devant servir de terme à ces sortes d'études. Cette réforme n'a pas eu lieu sans opposition de la part de ceux qui, mettant le Code à la base de l'enseignement du droit, pensaient que l'enseignement des sciences politiques et économiques ne serait d'aucune utilité pour les juristes. Le même arrêté n'a plus ensuite distribué les matières de l'enseignement du droit des trois années de licence, selon l'ordre du Code comme cela avait lieu auparavant. Il lui a substitué un ordre s'inspirant du système des constructions juridiques. Tout récemment certains professeurs ont demandé qu'on revienne à l'ancien système de distribution des matières, c'est-à-dire qu'on suive l'ordre du Code ; mais leur opinion n'a pas prévalu et le système de l'arrêté de 1895 a été maintenu (4).

être étudiée isolément, mais dans ses rapports avec la morale et le droit. Cf. sur ce point, *Journal des Economistes* septembre 1886, p. 421.

(1) E. Vidari. *Cours de Droit commercial*. Milan, 1893, 9 vol.

(2) Lyon-Caen et Renaud. *Traité de Droit commercial*, 3e édition, Paris, 1903.

(3) Taller. *Traité élémentaire de Droit commercial*.

(4) Voyez sur cette opinion, *Revue internationale de l'enseignement* du 15 avril 1904, pp. 299-302.

IV

La renaissance des études juridiques produite par la cause de caractère pratique, a lieu actuellement en France.

Nous avons dit que M. Bufnoir a été un précurseur dans cette voie.

C'est son gendre, et successeur, M. Saleilles, qui a eu l'honneur d'avoir le premier attiré l'attention sur la nécessité qu'il y avait de réformer ouvertement les systèmes d'étude et d'interprétation du droit civil et de les remplacer par d'autres, qui permettent de mettre le droit codifié en harmonie avec les nouvelles nécessités de la vie sociale. M. Saleilles est donc le promoteur de ce mouvement. Cette nouvelle école commence à avoir des partisans jusque dans le professorat (1). Tous ses adeptes sont d'accord sur le point de trouver un système d'enseignement qui réponde au but que nous avons indiqué ; ils cessent de l'être, quand il s'agit d'indiquer les moyens qui permettent d'atteindre ce but. Il y a alors autant d'opinions que d'individus partisans de cette nouvelle doctrine, et nous allons passer en revue les divers systèmes proposés pour résoudre notre problème.

V

Les uns estiment qu'il suffit, de vivifier à cet effet l'étude du droit civil par celle de la jurisprudence à qui

(1) *Contrà*, M. Roguin, professeur à l'Université de Lausanne, qui pense que la loi doit toujours être appliquée conformément à l'intention du législateur ; le juge ne pouvait faire plus sans outrepasser ses pouvoirs Cette interprétation est suivant lui le plus sûr moyen d'arriver à la réforme des lois vicieuses, qui ne tarderont pas ainsi à susciter des réclamations toujours grandissantes. — Roguin. *Observations sur la codification des lois civiles*. Lausanne, 1896, p. 97.

doit finalement incomber la tâche d'harmoniser le droit avec les exigences de la pratique. L'étude de la jurisprudence ne doit plus être comme jadis une casuistique plus ou moins arbitraire : elle doit être étudiée méthodiquement et systématiquement. On doit tenir compte à propos de chaque matière, du développement de la jurisprudence, de ses variations plus ou moins rapides et des causes mêmes de ces variations, causes qui peuvent être dues à des circonstances objectives ou à l'appréciation subjective du juge. L'interprète doit donc placer en regard des constructions doctrinales celles de la jurisprudence qui peuvent d'ailleurs reproduire, contredire ou compléter les constructions doctrinales elles-mêmes. Celles-ci sont aussi importantes que celles-là.

En France, presque tous les juristes, même les moins novateurs, se sont ralliés à cette méthode dont l'opportunité n'est plus contestée par eux (1), et c'est elle dont M. Planiol a fait usage dans un ouvrage remarquable, ainsi que d'autres auteurs dans bon nombre de monographies (2).

VI

M. Lambert est le représentant d'une théorie encore plus avancée que la précédente. Il croit qu'on ne peut

(1) Planiol, *Traité élementaire de droit civil*, tome I, préface pp. IX et X ; n° 12, 3° ; n°s 112 et 114. Cf. Esmein, *La jurisprudence et la doctrine* dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, pp. 5 à 19. Bartin, *Etudes sur le régime dotal*, 1892, préface pp. 2 à 5. En Italie, cette théorie a été proclamée depuis longtemps par Vadala-Papale, *La jurisprudence dans l'enseignement et dans les études de droit civil* (Messina, 1882).

(2) Cf. par exemple Wall, *L'assurance en cas de décès au point de vue du rapport successoral, de la quotité disponible et des récompenses*, dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, pp. 20 à 79.

étudier et interpréter le droit qu'au moyen du système des constructions juridiques, mais plus peut-être que les auteurs précédents, il est convaincu que ces constructions ne peuvent être élevées sur les seuls principes légaux, et que leurs assises doivent également être posées par les données de la pratique et de la jurisprudence. Il faut donc étudier à côté des dispositions légales les théories jurisprudentielles et les solutions fournies par la pratique ; cette étude est d'ailleurs constamment à refaire, vu le caractère de mobilité et la multiplicité de ses éléments. M. Lambert estime que cette fusion de la loi et de la jurisprudence plie sans inconvénient le droit aux nécessités de la pratique et lui permettra de s'enrichir progressivement sans jamais faire brusquement éclater ses cadres anciens. Cette méthode permettra d'appliquer aux questions nouvelles les décisions correspondant le mieux à l'esprit général du droit positif présent.

Suivant M. Lambert, le rôle de la doctrine est non seulement de renouveler le droit, mais encore de le perfectionner, en guidant et en hâtant l'évolution de la jurisprudence et en facilitant de la sorte les progrès du droit positif. L'étude du droit civil comparé est nécessaire pour permettre à la doctrine d'accomplir cette tâche ; seul il lui permettra de découvrir les règles les mieux adaptées aux besoins de la société contemporaine, et d'orienter vers elles, dans la mesure du possible, la marche de la jurisprudence interne.

M. Lambert achève son système en indiquant les différents objets que doivent se proposer les études de législation civile comparée. Elles ont principalement, suivant lui, à dégager des différentes législations étudiées de la façon vivante que nous avons indiqués, le substratum commun aux mêmes institutions des différents pays, et en extraire un ensemble de principes

commun à toutes ces législations ; tel est ce qu'il appelle le *droit commun législatif.*

Ce droit commun aurait d'après M. Lambert une double utilité : 1° il réagirait sur les divers droits nationaux d'où il est tiré, en aidant à les interpréter, en en comblant les lacunes, en dirigeant la jurisprudence, et en hâtant les réformes législatives de l'avenir ; 2° il tendrait dans la mesure du possible à réaliser l'unité du droit privé dans tous les pays ou tout au moins à diminuer progressivement les diversités de législation qui peuvent être accidentelles.

M. Lambert est parmi tous les auteurs, le seul qui ait donné à la législation comparée le but presque unique de fournir un droit commun législatif. Il y attache une grande importance, et dit qu'une telle étude serait susceptible de contribuer à l'unification du droit dans la mesure où l'étude des diverses coutumes françaises par les anciens jurisconsultes de France a préparé l'unification du droit privé, en créant sur chacun des points où les diverses coutumes n'étaient pas d'accord, un droit commun supplétif. Cet auteur estime que la codification des droits nationaux au dernier siècle sera le point de départ de la formation d'un droit commun législatif, comme la rédaction des coutumes françaises avait marqué l'avènement d'un droit commun coutumier (1).

VII

D'après MM. Saleilles et Gény, professeurs de droit civil français, il s'agirait moins de faire rentrer la juris-

(1) Cf. Lambert. *Une réforme nécessaire des études du droit civil* dans la *Revue internationale de l'enseignement*, tome XL, p. 216 et suivantes, et *Etudes de droit commun législatif ou du droit civil comparé, Introduction : La fonction du droit civil comparé*, tome I, Avertissement, et pp. 40 à 45 ; 102 à 103 ; 894 à 926, et surtout 903, 907, 913, 916.

prudence dans l'étude du droit que d'assouplir et d'élargir la méthode actuelle d'interprétation : de la sorte le droit ne s'accommoderait pas seulement aux besoins de la pratique mais le juge pourrait encore savoir dans quel esprit il doit appliquer la loi. C'est donc selon ces deux auteurs aux juristes à guider la jurisprudence au lieu de se laisser guider par elle (1).

M. Saleilles a le premier proclamé la nécessité d'une interprétation plus souple et plus large des règles de droit dans les travaux qu'il a publiés depuis 1890. Son système dérive d'une nouvelle conception de la loi et d'une nouvelle méthode d'interprétation des textes légaux.

1° *Nouvelle conception de la loi.* — La loi ne doit pas être considérée comme un impératif permanent, susceptible de n'être modifié que par une autre loi et résolvant directement ou indirectement toutes les difficultés qui viennent à se présenter. Elle constitue au contraire un organisme vivant dont le développement et les transformations sous l'influence des faits le rendent capable de satisfaire aux exigences de la société moderne. Elle ne fait que refléter sous son plus récent aspect tel état social déterminé, et, quoique émanée de la pensée du législateur, elle s'en détache pour vivre de sa vie propre et évoluer avec le monde dont elle fait partie intégrante.

Les jurisconsultes, chargés de l'appliquer, n'ont pas à tirer leur solution de l'interprétation de la volonté du législateur d'autrefois ; ils doivent se demander ce que déciderait le législateur d'aujourd'hui, eu égard aux conditions sociales dans lesquelles il aurait eu à légifé-

(1) M. Thaller fait également partie de ce groupe ; il vivifie l'étude du droit commercial par celle des faits économiques qui lui ont donné naissance ; il se refuse dans son *Traité élémentaire de droit commercial* (2e édition, 1900, préface, et surtout 3e édition 1904) à suivre systématiquement la jurisprudence.

rer. Ils doivent donc bien moins s'attacher à préciser et à délimiter les ordres du législateur qu'à rapprocher les textes de l'évolution de la vie, en même temps qu'à interpréter les faits de façon à les maintenir dans le cadre des textes, en vue d'arriver par ce double et inverse mouvement à la constante adaptation du droit écrit au milieu social qu'il doit régir.

2° *Nouvelle méthode d'interprétation de la loi.* — La nouvelle méthode d'interprétation proposée par M. Saleilles se résout en trois idées : 1° il veut d'abord que le droit s'inspire des réalités qu'il est appelé à régir. L'interprète ne doit pas pouvoir se désintéresser des résultats pratiques de sa doctrine. il est au contraire nécessaire qu'il les prenne en considération pour adapter des textes en apparence toujours les mêmes à un état social toujours se transformant. Si la loi est formelle, quelque mauvaise qu'elle soit. à quelques conséquences regrettables qu'elle conduise, il faudra la respecter, tout autre procédé aboutirait à l'anarchie sociale ; mais dès qu'elle est douteuse, l'interprétation la meilleure est la plus équitable ;

2° Il ne faut pas envisager les droits individuels, abstraction faite des relations sociales. Les droits et les devoirs sociaux de l'individu se correspondent, et les uns ne sont bien connus que par les autres ; la solidarité est donc à la base même du droit ; 3° la législation comparée n'est pas seulement nécessaire pour interpréter la loi, elle doit inspirer les réformes juridiques.

M. Saleilles donne donc au juge moderne un très large pouvoir d'interprétation qui lui permet, à défaut de solution légale nettement formulée, d'adapter la loi aux faits et de diriger son évolution dans le sens des nouvelles aspirations juridiques et sociales de la conscience collective du pays.

L'interprétation est par lui définie « la science positive de l'application de la loi, conformément à son but

initial, en vue de son adaptation aux nécessités du présent, et sous la garantie d'une orientation générale des relations collectives de l'avenir, mais à la double condition de l'envisager dans ses rapports avec l'unité du système juridique et dans ses rapports avec l'ensemble de la vie sociale du pays ».

Seulement cette interprétation large qui confère au juge une certaine liberté de pouvoir n'est admissible au double point de vue social et scientifique que si, à côté des textes légaux et à leur défaut, le juge peut avoir certains principes objectifs d'interprétation, ayant une existence réelle échappant à son opinion subjective. Ces principes s'imposeront au juge presque avec autant de force que la loi. Ils sont pour M. Saleilles au nombre de trois : l'analogie législative, la conscience juridique collective, et les solutions fournies par le droit comparé. Il les appelle le droit naturel relatif à contenu variable et les oppose au droit naturel pur et simple (1).

VIII

M. Gény estime que l'adaptation du droit aux besoins sociaux est une question très complexe, et déclare ne s'en occuper qu'au point de vue de la méthode d'interprétation. Il trouve la méthode suivie jusqu'à ce jour

(1) Saleilles, préface de l'ouvrage de M. Gény déjà cité. Cf. *De la déclaration de volonté*, Paris 1901, art. 133, nos 43, 49, 94, et art. 138, no 81 ; *Conception et objet de la science du droit comparée*, dans le *Bulletin de la Société de législation comparée*, année 1900, p. 398-404 ; *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, dans la *Revue internationale de l'enseignement*, XLIV (1902), p. 313 à 329 ; *Ecole historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents* dans la *Rev. trim. dr. civil*, 1902, p. 80 à 112 et notamment p. 101, 102 et 106 à 112 ; *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, no X.

défectueuse en tant qu'elle étouffe par son étroitesse toute formation consciente et réfléchie de nouvelles règles juridiques.

Le défaut du système actuel d'interprétation n'est donc pas la croyance à l'immutabilité de la loi dont l'application doit être invariable tant qu'elle n'est pas remplacée par une autre ; mais de croire qu'après la codification, la loi est l'unique source du droit et doit résoudre toutes les difficultés que fait naître la pratique, d'où le système des constructions juridiques, qui bien loin de lui emprunter leur valeur sont uniquement l'œuvre de l'interprète. M. Gény, en suivant sur ce point Ihering et Courcelle-Seneuil, combat comme arbitraire, le système des constructions juridiques et déclare qu'il n'est d'autres préceptes légaux que ceux expressément insérés dans la loi. Il restreint en outre le domaine de la coutume et veut que la jurisprudence l'ait consacrée pour qu'elle ait toute sa valeur, encore ne doit-elle pas jouer un rôle décisif, son domaine devant se limiter dans la stricte mesure imposée par la nécessité.

Mais il ne réduit le champ d'application de la loi que pour élargir la portée de sa doctrine sur l'interprétation. Dans tous les cas où un rapport juridique n'est pas expressément réglé par un texte de loi, ou par la coutume, dans les cas où celle-ci doit avoir force de loi, sa solution doit être demandée, non à une construction juridique ou à une argumentation basée sur la pure logique, mais *à la nature des choses positives* dont l'investigation appartient à la libre recherche scientifique « recherche indépendante, assujettie seulement à dégager les solutions, d'après une méthode strictement scientifique, en se guidant sur les données premières de la raison ou de la conscience, et, pour le surplus, en s'inspirant des résultats fournis par toutes les disciplines, qui, analysant le monde social, nous

révèlent, dans sa structure intime et ses exigences profondes, ce qu'on a pu appeler *la nature des choses positives*, seule capable de suppléer les sources formelles défaillantes, en donnant un fondement objectif à nos investigations ». Comme on peut s'en rendre compte, la nature des choses positives a pour essence les principes supérieurs de justice qui doivent conformément à l'état actuel de la société régir les relations de droit. Ces principes, qui, en tant que dérivant de l'état social actuel, sont les plus équitables et les plus conformes à l'utilité générale, l'interprète les dégage des données premières de la conscience et des résultats des sciences sociales qui, seules, peuvent faire connaître à l'interprète la structure et les besoins actuels de la société.

(1) Gény, Cf. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 3e partie. Cf. *La notion du droit positif à la fin du* XIXe *siècle*, dans la *Revue internationale de l'enseignement*, tome XLI (1901), p. 31.

CHAPITRE IV

CRITIQUE DES SYSTÈMES PRÉCÉDENTS

I

Les systèmes précédemment exposés sont-ils parvenus à leur but ? Non, à notre sens. Ils ont tous cru, à tort selon nous, que pour mettre le droit codifié en harmonie avec les besoins changeants de la pratique, il suffisait d'élargir le système d'interprétation des textes légaux. Or ce n'est pas là prendre le mal à sa racine. Pour ne l'avoir pas fait, même en se plaçant à un point de vue partiellement vrai, ils sont arrivés à des solutions inacceptables.

Les partisans de la systématisation de la jurisprudence qui veulent vivifier la loi par cette étude, ont, il est vrai, réussi à rapprocher la théorie de la pratique ; mais l'étude du droit ainsi conçu a l'inconvénient de ne plus tracer la voie à la jurisprudence puisqu'il la suit, au contraire, servilement. Un tel système, en outre, est impuissant à formuler des règles capables de régir les relations juridiques, tant que la jurisprudence est en voie de formation. Or c'est justement le cas où le besoin de règles se fait le plus souvent sentir, car, dès que la jurisprudence est fixée, tout le monde sait à quoi s'en tenir, quelle que soit du reste la valeur qu'on lui reconnaisse. Et cette insuffisance du système est d'autant plus grave que les relations entre individus se modifient incessamment grâce à l'activité de la vie sociale, et que

leur variation est précisément la caractéristique des relations juridiques actuelles. Aussi, la jurisprudence ayant de plus en plus de mal à se fixer sur une matière, importe-t-il qu'il y ait un système qui fournisse à la jurisprudence un ensemble de règles, lui permettant de trancher les nouvelles difficultés dont elle a à connaître.

II

Quant à la théorie qui veut que la loi ne soit pas la seule source du droit et lui assimile d'autres sources comme la coutume et la jurisprudence, elle a un double inconvénient :

D'une part elle renverse une des bases du Code sous couleur d'interpréter la loi et elle empiète ainsi sur les attributions du législateur.

D'autre part, même consacrée légalement, elle serait encore critiquable. Elle reproduirait le système de l'ancien droit, ou plutôt le système anglais actuel, qui, comme nous l'avons vu, n'est pas exempt de tout inconvénient. On verrait donc renaître sous la même forme ou sous une autre, les griefs formulés contre le droit, avant la date de sa codification, et contre le droit anglais actuel ; or c'est précisément à cet état de choses qu'a voulu remédier le Code en faisant de la loi l'unique règle des relations juridiques.

Les sources du droit qu'on prétend assimiler à la loi, la coutume et la jurisprudence, loin de pouvoir être facilement connues avec précision, sont, au contraire, très vagues : car il n'est pas aisé de distinguer une coutume ou une jurisprudence en voie de formation, de celles définitivement formées.

M. Lambert, sans faire expressément de la jurispru-

dence une source du droit, l'admet cependant implicitement parce qu'il lui accorde une très grande part dans les constructions juridiques. Il reconnaît d'ailleurs qu'elle n'élabore que timidement et comme à regret de nouvelles règles, étant de sa nature conservatrice, ce qui l'empêche de marcher avec les mœurs et de suivre les variations de la vie sociale. Par cela seul, d'ailleurs, qu'elle doit dissimuler ses réformes sous le voile de l'interprétation, elle n'arrive guère que par des voies détournées au but que le législateur peut directement et par suite plus sûrement atteindre (1).

Quand bien même la jurisprudence, soit par un texte de loi, soit du consentement unanime des juristes deviendrait une source du droit, ou elle ne ferait que continuer comme maintenant à élaborer par voie indirecte et avec hésitation des règles juridiques, (et c'est là un procédé qui peut être acceptable quand il s'agit de combler les lacunes de la loi, mais qui est manifestement insuffisant pour créer le droit), où elle prendra directement et ouvertement l'initiative de l'élaboration des règles juridiques, et mieux vaut alors donner explicitement au pouvoir judiciaire des attributions législatives ou tout au moins lui permettre de rendre comme jadis des arrêts de règlement.

D'ailleurs la coutume et la jurisprudence en devenant sources du droit auraient-elles le même caractère de fixité que la loi, ou pourraient-elles s'adapter aux besoins de la pratique comme dans le droit anglais ? Dans le premier cas, le but serait manqué. Ces sources de droit, revêtant une forme fixe, n'évolueraient plus dans le sens des besoins sociaux. Dans le second cas, il deviendrait inutile d'ériger la coutume et la jurisprudence en sources du droit : les mêmes raisons, qui les ont fait subsister

(1) LAMBERT, *op. cit.*, p. 810.

jusqu'à présent assureraient leur durée dans l'avenir. Il vaut donc mieux laisser à la jurisprudence le caractère qu'elle possède aujourd'hui et ne pas lui donner force de loi ; car, au moment même où elle aurait les caractères nécessaires pour être réputée source de droit, elle pourrait précisément à ce moment même commencer à évoluer.

III

Pour M. Gény, remarquons-le bien, les constructions juridiques sont toujours critiquables car elles sont nécessairement l'œuvre subjective de l'interprète ; or elles peuvent très bien être élevées selon les principes empruntés aux textes légaux et elles sont alors pleinement acceptables.

M. Gény respecte d'ailleurs scrupuleusement les textes légaux dans leurs dispositions expresses. On peut alors lui reprocher de laisser subsister les inconvénients, résultant des modifications subies dans la pratique par les relations juridiques. Mais le point le plus critiquable de toute la théorie est la règle d'interprétation proposée par son auteur à défaut de texte légal. Quoi qu'en ait eu l'auteur, elle est encore dominée par les idées du droit naturel dont il s'inspire inconsciemment en parlant des « données premières de la raison ou de la conscience » qui doivent servir à la solution des problèmes juridiques non prévus par la loi ou la coutume. Un semblable critère, aussi vague et abstrait ne laisse-t-il pas l'interprète libre de suivre ses impressions personnelles, la nature étant diversement comprise par chaque individu ?

Quant aux références aux résultats des sciences politiques et sociales c'est une idée préconisée depuis longtemps par quelques juristes italiens comme nous

l'avons vu. D'ailleurs, on se demande ce qu'il faut entendre par cette formule vague : les résultats des sciences politiques et sociales ; ces sciences sont encore en voie de formation et ne fournissent pas des résultats assez précis pour résoudre les difficultés surgissant à l'occasion des relations juridiques. Ces études d'ailleurs prêtent à la diversité des appréciations, et y prêteraient encore plus, si elles donnaient naissance à des règles juridiques. Elles peuvent servir aux études critiques de droit, soit pour orienter une réforme, soit pour aider à la découverte de telle solution déterminée; elles ne sauraient suffire à trancher les controverses juridiques.

La matière des conflits de lois, qui appartient au droit international privé, montre bien en France, les inconvénients du système qui demande la solution des problèmes juridiques aux résultats fournis par les sciences politiques et sociales. Le Code français contient peu de dispositions sur la matière ; on peut dire qu'ici la doctrine des juristes et les résultats de la science du droit international privé sont les seuls éléments de solution des litiges qui surgissent. Eh bien, au lieu d'aboutir à des conclusions précises et satisfaisantes, la doctrine et la jurisprudence sont extrêmement confuses, et s'il en était de même dans toutes les autres branches du droit, ce serait l'anarchie juridique.

IV

Le système d'interprétation proposé par M, Saleilles nous paraît en soi le plus acceptable, car il parvient le mieux à adapter le droit aux nécessités de la pratique. Il ne se base pas sur la simple interprétation des textes légaux ; il tend non seulement à élargir et à assouplir

les règles juridiques, mais encore à les créer, si besoin en est, selon des principes objectifs, permettant à l'interprète d'accomplir sa mission. Seulement ces principes, quoique plus précis que ceux de M. Gény, sont eux-mêmes bien vagues : ils prêtent donc, quoiqu'à un moindre degré, aux mêmes critiques.

Un pareil système est d'ailleurs incompatible avec la codification telle qu'elle existe aujourd'hui ; elle en est plutôt une réforme qu'il serait utile de consacrer à l'avenir.

CHAPITRE V

VÉRITATLBLE PORTÉE DU PROBLÈME
EFFETS DES TRANSFORMATIONS DE LA SOCIÉTÉ MODERNE
SUR LA LÉGISLATION CODIFIÉ.

I

Les précédents systèmes n'ont pas, avons-nous dit, remonté jusqu'à la racine du mal.

Ils critiquent bien le système des interprètes, mais ils se placent au même point de vue qu'eux, en admettant que la codification délimite et fixe les rapports juridiques et que les textes du Code sont immuables, tant qu'ils sont pas modifiés par des dispositions législatives expresses.

Dès lors, pour parer aux inconvénients inhérents à la codifications, ces auteurs croient qu'il faut trouver un système adaptant les textes légaux aux nouvelles exigences de la vie sociale.

Ce double point de départ est inexact.

D'abord, les rapports juridiques que réglemente le Code sont en intime corrélation avec le reste de la législation, y compris le droit public, en sorte qu'un changement important dans l'une de ces branches du droit exerce de façon plus ou moins directe son contre-coup inévitable sur les rapports prévus par le Code. Ce contre-coup aboutit à modifier la lettre des textes, ou la nature même des rapports juridiques, ou les bases et les principes sur lesquels repose la codification.

D'autre part, les rapports juridiques sont modifiés non seulement en vertu des textes légaux qui se réfèrent directement ou indirectement à ces rapports, mais par l'influence des transformations sociales, qui agissent insensiblement et par l'effet d'une poussée continue, sans en être moins efficaces pour cela.

Il s'agit donc, moins d'assouplir les textes légaux pour donner satisfaction aux nouvelles exigences de la vie sociale ; que de savoir jusqu'à quel point ces textes légaux eux-mêmes, soit dans leur lettre, soit dans leur esprit, se trouvent modifiés par les transformations sociales qui ont agi ou directement, ou dans d'autres domaines juridiques dont l'influence s'est répercutée sur le Code.

Il s'agit donc d'abord de donner aux textes légaux leur véritable caractère ; ensuite de trouver un mode d'interprétation qui les mette toujours en harmonie avec les nouvelles exigences sociales.

Quand ces transformations ont modifié entièrement le texte légal, resté le même en apparence, il faut alors lui restituer son véritable caractère. Mais la transformation n'a-t-elle été que partielle, ou seul l'esprit du texte légal a-t-il été modifié, ainsi que les bases ou les principes qui étayent la codification, ce qui est le cas le plus fréquent, il faut trouver alors un système objectif d'interprétation des textes légaux.

II

Examinons donc, dans leurs grandes lignes, les principales transformations sociales et jusqu'à quel point elles ont modifié et tendent à modifier les institutions juridiques ou les bases et les principes qui leur servent de support. Nous verrons après, d'abord jusqu'à quel point elles nous donnent des éléments objectifs d'inter-

prétation ; ensuite le système d'enseignement du droit, le plus approprié pour ne jamais perdre de vue ces transformations et enfin les bases sur lesquelles doit à l'avenir reposer la codification pour que le droit soit toujours ouvertement en harmonie avec les transformations de la vie sociale.

L'avènement de la démocratie, la naissance de la grande industrie, le développement de la population des grands centres, l'extension de l'activité humaine, les progrès de la civilisation et des idées morales, telles sont ces transformations qui en ont produit à leur tour d'autres non moins importantes, savoir, la multiplicité des rapports de toute sorte entre individus, la concurrence économique internationale et la concurrence industrielle nationale, la solidarité des intérêts ouvriers, la lutte des classes, l'extension croissante des attributions de l'Etat, le développement de l'association dans tous les ordres d'activité, et l'expansion des doctrines sociales et morales qui a abouti à l'élargissement de la notion de justice.

Pour faire comprendre l'influence exercée par ces faits d'ordre divers sur les rapports juridiques, nous les répartirons en trois catégories suivant qu'ils appartiennent à l'ordre politique, économique ou doctrinal.

CHAPITRE VI

EFFETS JURIDIQUES DES TRANSFORMATIONS POLITIQUES

I

Les transformations politiques ont affecté à la fois la politique internationale et la politique intérieure.

Les bases des rapports du droit international à l'époque de l'apparition du Code étaient la souveraineté et l'indépendance absolue des Etats les uns à l'égard des autres. Cela s'explique par l'état d'isolement dans lequel vivaient les Etats, ce qui permettait aux publicistes, imbus de droit naturel, de donner libre cours à ces théories. On exagérait à tel point les idées d'indépendance et de souveraineté qu'on prétendait n'admettre l'application d'une loi étrangère dans un Etat que par courtoisie (*ex comitate*) sans qu'on s'y crût obligé.

La politique internationale s'occupait uniquement de maintenir l'équilibre européen ; elle était indifférente à ce qui touchait les intérêts matériels, d'ailleurs tout nouveaux, et les intérêts moraux des ressortissants.

Le développement de la population, les progrès de la grande industrie, du commerce et de la civilisation ont changé entièrement au cours du XIXe siècle la politique internationale, et par suite, la base des rapports entre Etats.

Aujourd'hui les intérêts matériels et moraux des Etats ont débordé leur propre territoire et se sont liés partout entre eux. Il y a des pays qui ont des intérêts matériels

et moraux considérables sur d'autres territoires. C'est le cas pour certaines puissances européennes en Asie, en Afrique et en Océanie ; et pour les Etats-Unis dans les pays qui se trouvent dans le golfe du Mexique, ou qui l'environnent. Ce développement croissant des intérêts des Etats en dehors de leurs territoires a produit dans la politique internationale contemporaine un double résultat, en apparence contradictoire. D'abord la naissance et le développement de l'impérialisme dans toutes ses manifestations. Ensuite la réglementation de certains intérêts par le moyen de Conventions internationales.

Ces Conventions sont de deux sortes. Quelques-unes se proposent d'arriver à une réglementation uniforme pour la solution des conflits de lois. Des Conférences ont été réunies à cet effet dans diverses villes d'Europe en 1893, 1894 et 1900 ; elles ont abouti à la signature des conventions de La Haye du 14 novembre 1896, sur plusieurs matières de procédure civile, et du 12 juin 1902 sur le mariage, le divorce et la séparation de corps ainsi que sur la tutelle des mineurs.

On a également fait dans l'Amérique latine une tentative heureuse à cet égard. La conférence de Montevideo des 25 août 1888-18 février 1889 a élaboré un projet de codification de règles uniformes du droit international privé.

D'autres se proposent de lier certains intérêts économiques ou sociaux par des Conventions qui prennent le nom d'*Unions internationales*. Il en est ainsi des services des postes et des télégraphes, des transports, de la propriété industrielle, littéraire, artistique, de l'hygiène et de la police sanitaire. Le nombre de ces Conventions tend à s'accroître incessamment et à englober toute sorte de matières notamment celles qui touchent à l'économie sociale.

II

Les conséquences d'une pareille politique ont eu leur répercussion sur le droit international d'abord, ensuite sur toutes les branches du droit, notamment sur le droit privé.

Dans le droit international elles changent la base des rapports entre Etats.

En effet, la politique impérialiste ne permet plus non seulement l'indépendance absolue, mais même l'égale indépendance et l'égale souveraineté de tous les Etats. Il existe aujourd'hui toute une catégorie d'Etats qui ont leur indépendance ou souveraineté plus ou moins atteinte : Etats neutres, Etats mi-souverains, Etats vassaux, Etats sous protectorats plus ou moins étendus, Etats sous hégémonie, provinces autonomes, provinces appartenant à un Etat et occupées et administrées par d'autres, colonies autonomes, territoires neutres, territoires soumis à zones d'influence, territoires donnés à longs baux avec exercice de la souveraineté, etc.

L'impérialisme aussi, surtout en Angleterre et aux Etats-Unis d'Amérique, tend à considérer comme nationales et par suite à soumettre à la protection de ces pays, certains domaines considérés jusqu'ici comme internationaux, notamment les détroits et canaux interocéaniques.

D'autre part les Unions internationales, qui au commencement, se bornaient à l'établissement de règles communes, ont créé des organes internationaux limités d'abord à servir d'organes d'information, mais auxquels les dernières Unions ont donné des pouvoirs de plus en plus étendus. Une des plus récentes, l'Union sucrière créée par la convention de Bruxelles du 5 mars

1902, a institué au-dessus des Etats contractants une véritable autorité internationale, investie de pouvoirs propres, et a limité par cela même la souveraineté intérieure de chaque Etat sur ce point ; ces Etats ont donc abdiqué leur droit de légiférer librement sur ces matières. Et cette innovation est d'autant plus intéressante qu'elle ne constituera sans doute pas un cas isolé ; au contraire, c'est dans cette voie que paraissent devoir s'engager à l'avenir les Unions internationales (1).

III

L'influence de la nouvelle politique et des nouveaux rapports internationaux sur le droit privé, est, elle aussi, bien manifeste.

Elle se fait sentir dans le droit international privé. A l'époque du Code, cette science ne se proposait que de résoudre les conflits de législation entre deux ou plusieurs pays. Plus tard, par suite du rapprochement croissant entre les Etats et du développement de l'idée de communauté internationale, l'école allemande, Savigny entre autres, assigna comme but au droit international privé non pas la préférence à donner à telle loi nationale plutôt qu'à telle autre, mais la recherche d'une formule de conciliation entre les lois positives des différents pays, d'un système de combinaison rationnelle qui assure à chacune d'entre elles la part d'influence et l'étendue d'application qu'il est légitime de lui lais-

(1) Sur cette matière Renault, *Les Unions internationales, leurs avantages et leurs inconvénients* dans la *Revue générale de droit international public*, tome III. 1896, pp. 25 et suiv. Cf. Politis, *L'organisation de l'Union internationale des sucres* (Extrait de la *Revue de science et de législation financières*, janvier, février, mars 1904). Paris 1904.

ser (1). Aujourd'hui où l'idée d'interdépendance entre les Etats est devenue évidente et où les rapports juridiques, par leur enchevêtrement et par l'effet des Conventions entre Etats, tendent à devenir internationaux, le droit international privé doit se proposer non plus de chercher à combiner les deux législations en conflit, mais de découvrir pour cette nouvelle sorte de relations des règles nouvelles conformes à leur nature internationale. Ce sera le troisième aspect de ce droit dont les progrès consisteront à tirer ses règles de l'observation de l'évolution des rapports juridiques en général, et en particulier de l'examen des conventions internationales et des résultats de la législation comparée.

Les conventions internationales, en effet, créent dans les matières qu'elles réglementent un droit commun et uniforme à tous les Etats qui y participent. Elles sont des lois et doivent être observées dans tous les pays contractants comme telles. En transportant sur le terrain international des questions qui appartenaient antérieurement au seul domaine des législations particulières à chaque pays, elles ont du même coup modifié la nature de chacune des matières ainsi réglementées. On ne peut donc plus étudier ces questions en ne s'occupant que de la réglementation qu'en donnent les législations nationales; elles ont un côté international, et tout conflit sur ces matières doit être résolu conformément à la nature de ces sortes de rapports, et non plus seulement selon les règles du droit privé.

Nous croyons même que les contrats de droit privé, passés dans un pays, par cela seul qu'ils touchent des intérêts internationaux, comme la construction d'un

(1) Sur cette matière, PILLET, *Principes de droit international privé*, Paris-Grenoble, 1903, notamment première partie, chapitre I, pages 1-23.

canal interocéanique, d'un chemin de fer intercontinental, une entreprise d'émigration, un établissement de câbles sous-marins, débordent les cadres devenus trop étroits pour eux du droit privé, et qu'il importe de les réglementer en conséquence. Sans doute les civilistes n'admettent pas ce point de vue, mais il tendra de plus en plus à prévaloir ; car les Etats cherchent à protéger ces entreprises en dehors des limites de leurs territoires, et quelques-unes jouissent même d'une protection internationale incompatible avec leur caractère de règle pur et simple de droit privé.

IV

La politique intérieure de tous les pays a vu, à notre époque, naître et grandir la démocratie dont émane le suffrage universel. C'est là un fait capital, car le peuple, par cela seul qu'il se gouverne lui-même, tend à démocratiser toutes les institutions et à résoudre toutes les questions dans le sens le plus conforme à ses intérêts.

Aussi les intérêts collectifs de la société priment-ils aujourd'hui en tout pays les intérêts individuels. Toute une branche du droit public est née et se développe sans cesse pour donner satisfaction à ce nouveau desideratum : c'est le droit administratif. Les entités, comme le département et la commune, n'ont été créées que dans l'intérêt collectif général, pour permettre le fonctionnement des services publics. Les établissements publics et d'utilité publique n'ont également pas d'autre but que de pourvoir à des intérêts collectifs spéciaux.

Le droit administratif se propose donc de réglementer conformément à l'intérêt général, des matières appartenant plus ou moins directement au droit privé. Que l'on considère en effet le droit de propriété ; ses limita-

tions imposées soit directement, soit sous forme de servitudes administratives ont changé sa nature et restreint son absolutisme dans le sens de l'intérêt général. Ce droit devient donc de plus en plus une institution de droit public et non exclusivement du droit privé. Ce changement sur lequel on insiste trop peu en général, est une des causes de ce qu'on appelle la crise agraire.

Mais ce n'est pas là un phénomène particulier au seul droit de propriété. Il se produit, plus ou moins, pour toutes les institutions juridiques.

Le droit administratif restreint donc, en effet, d'une façon générale le champ d'application du droit civil, soit en lui retirant certaines matières, soit en changeant la nature des autres. Pour tout dire, la majeure partie du droit administratif n'est en réalité que des matières de droit civil envisagé au point de vue de l'intérêt général et non plus à celui de l'intérêt individuel.

Cette observation n'a pas été jusqu'à présent bien clairement mise en lumière, parce qu'on s'en tient à cette idée profondément enracinée dans tous les esprits que le droit public a un champ d'application tout différent de celui du droit privé. On admet seulement qu'il existe des rapports entre les deux droits. Certains auteurs se sont déjà attachés à démontrer que ces rapports sont plus grands qu'on ne le croit d'ordinaire. Mais bien loin de conférer le caractère de droit public aux institutions de droit privé, ils tendent, au contraire, à faire prévaloir et à infuser dans le droit administratif les règles du droit privé. Ainsi, on affirme qu'une corrélation intime entre les deux branches du droit se manifeste dans un des modes d'activité de l'Etat, les actes de la gestion administrative. Ces actes, quoiqu'émanant de la puissance publique, constitueraient une nouvelle forme de société, et les droits des adminis-

trés à l'égard de l'administration devraient être régis par le Code civil (1).

Mais si cette théorie est contestée, on s'accorde à reconnaître que les actes très variés de gestion forment une graduation, allant de la puissance publique à la simple patrimonialité, entre ceux qui appartiennent au droit public proprement dit et sont régis par le droit constitutionnel, et ceux qui rentrent dans le domaine du droit privé et sont soumis à l'empire du Code civil ou à des lois de droit privé, modifiées pour la circonstance. On prétend même que le droit administratif a une double origine et qu'il tire ses principes fondamentaux, tantôt du droit constitutionnel, tantôt du droit civil, en sorte qu'il est comme un pont jeté entre les deux branches du droit (2).

La majeure partie du droit administratif n'est à notre sens, avons-nous déjà fait remarquer, qu'un nouveau point de vue des rapports du droit civil. C'est un nouveau mode de réglementation des rapports entre individus, régis uniquement au point de vue de l'intérêt social. Il aboutira, en se développant, à atténuer de plus en plus la distinction bien tranchée jadis entre le droit public et le droit privé, et à faire participer de leur double caractère dans un avenir prochain les institutions juridiques.

Le droit administratif a donc modifié certaines institutions de droit privé, notamment la propriété ; mais comme sa nature était réputée différente de celle de ce droit, les changements survenus au cours du siècle n'ont pas, faute de ce rapprochement, été nettement entrevues.

(1) Hauriou, *La gestion administrative*. Paris, 1899, notamment pp. 58 et 59.

(2) Jacquelin, *Une conception d'ensemble du droit administratif*, Paris, 1899, p. 27.

Il en résulte donc que celui qui étudie, comme on le fait aujourd'hui, les institutions juridiques uniquement telles qu'elles sont réglementées dans le Code, s'en fait une idée inexacte. Il faut leur restituer leur véritable caractère en rapprochant le droit public du droit privé ; et enfin chaque fois qu'une difficulté surgit sur une matière de droit privé qui touche aussi au droit administratif, on doit donner la préférence aux solutions admises par ce dernier, en tant qu'il prend en considération l'intérêt général qui tend à prévaloir toujours sur l'intérêt individuel.

CHAPITRE VII

EFFETS JURIDIQUES DES TRANSFORMATIONS ÉCONOMIQUES

I

Le grand développement économique qui s'est produit au cours du XIXe siècle a ébranlé et presque bouleversé toute l'ancienne organisation politique et économique et a fait surgir des problèmes redoutables qui dominent toute la politique contemporaine tant intérieure qu'extérieure : la lutte entre industriels des divers Etats, ou d'un même pays, l'agglomération des forces ouvrières et la lutte des classes. En un mot, ce qu'on appelle *la question sociale* dans son acception la plus large.

Le droit international, la législation intérieure, la politique, la philosophie, la morale, la littérature, subissent l'influence de ces phénomènes et par suite des sciences qui s'y réfèrent. C'est ainsi que les sciences politiques elles-mêmes sont devenues des sciences sociales, parce que, quoiqu'ayant toujours le même objet, elles l'envisagent non plus par le côté politique comme jadis, mais au point de vue social. Aussi la question sociale prime-t-elle aujourd'hui celles qui sont demeurées purement politiques et la politique elle-même prend-elle partout (1) aujourd'hui un caractère social (2).

(1) Il en est ainsi, même chez les peuples où les questions politiques relatives aux nationalités, aux libertés ou à la religion passionnent vivement l'opinion publique comme en Autriche-Hongrie et dans les Balkans.

(2) Les partis politiques anciens, comme le parti libéral et le parti

Sans prétendre tracer un tableau du développement économique au cours du XIXe siècle (1) et de son rayonnement en tout sens, contentons-nous d'indiquer les points les plus saillants de ce mouvement et son influence sur le droit privé.

Les transformations économiques ont eu un triple effet sur la législation civile : elles ont d'abord élargi le champ d'application du droit privé en brisant les cadres de la législation existante, pour en former une nouvelle reposant sur d'autres principes ; ensuite, elles ont rompu l'unité de législation en créant dans bon nombre de matières une législation spéciale et de nature tout à fait particulière, afférente à toute une catégorie de personnes : les ouvriers ; enfin elles ont jeté certains germes, qui, en se développant, amèneront dans un avenir prochain des changements plus profonds et plus radicaux encore.

Examinons successivement ces trois points.

II

Signalons d'abord le grand développement de la propriété mobilière qui s'est considérablement accrue par le fait de l'extension du crédit, du nombre toujours grandissant des sociétés par actions, presque inconnues à l'époque du Code, et de la mobilisation de la pro-

conservateur, commencent à devenir archaïques. Le libéralisme a déjà atteint son but, et les conservateurs ne peuvent plus lutter pour le maintien de certaines institutions devenues caduques par l'effet des transformations sociales qui se sont accomplies. Aussi, les événements ont-ils modifié les prétentions de chaque parti. Aucun ne saurait en effet s'en tenir à son ancien programme, sans exercer une influence anti-sociale.

(1) Voyez sur cette matière LEVASSEUR, *Coup d'œil sur l'évolution des doctrines et des intérêts économiques en France*, dans la *Revue économique internationale*, Bruxelles, 1904, n° 1.

priété foncière. Les lois régissant ces matières, quoique rattachées au droit commercial, appartiennent en réalité au droit civil et le modifient plus profondément qu'il ne semble à première vue ; car elles tendent à faire disparaître la distinction très tranchée entre la propriété mobilière et immobilière qui est à la base du Code, pour les fondre en quelque sorte et donner à chacune d'elles les avantages de l'autre.

Il faut attirer encore l'attention sur les lois qualifiées de rurales et d'industrielles, que l'on considère comme non comprises dans le Code, quand elles ne règlent en réalité que des rapports de droit civil, mais en prenant en considération l'intérêt de l'agriculture ou de l'industrie avant celui des individus isolément envisagés. Si ces lois n'existaient pas, de tels rapports seraient régis par les règles générales du droit civil. Elles ont donc élargi le champ d'application du droit civil mais en brisant le cadre pour se constituer en législations indépendantes. Encore une fois, elles ne sont en réalité que des rapports de droit civil mais réglés selon les intérêts généraux de l'industrie ou de l'agriculture et non d'après celui des individus. D'où la nécessité qu'il y a à considérer ces rapports sous leur véritable aspect et à résoudre les conflits qu'ils soulèvent non plus selon les règles générales du Code, mais conformément à leur nature et au but particulier que se propose la nouvelle législation.

III

Les milliers d'ouvriers réunis dans les usines et liés par les mêmes intérêts sont animés d'un même sentiment : ils se croient injustement dépossédés par l'organisation économique et juridique actuelle de ce qui leur appartient ou doit leur appartenir, et ils se sont

lancés à l'attaque de l'état social avec la même ardeur que le tiers état a engagé la lutte au XVIIIe siècle contre les privilèges politiques de la noblesse. Leurs revendications ont engendré la lutte des classes. Leurs plaintes ne sont plus isolées, mais collectives et émanent d'individus groupés en grandes associations ; elles ont aussi un caractère international, car les mêmes revendications se font entendre dans tous les pays avec plus ou moins d'intensité. Les masses populaires, étant partout agitées, n'en ont que plus d'ardeur, et créent des courants d'opinion jadis inconnus, aujourd'hui irrésistibles. Le triomphe politique de la démocratie, qui a partout introduit le suffrage universel a été la première grande conquête faite dans cette voie. Le droit de grève et celui d'association ont socialement émancipé les ouvriers ; ils ont pu alors, en groupant leurs efforts, devenir un parti et soumettre au Parlement leurs revendications et leurs misères.

En unissant les intérêts de ses membres, la classe ouvrière a fait en outre naître le socialisme qui va croissant sans cesse et envahit toujours plus notre état social.

Le législateur sent la poussée des forces ouvrières qui sont, à chaque nouvelle législature, plus largement représentées dans le Parlement ; il donne alors, partiellement au moins, satisfaction à ces revendications. Partout on a promulgué déjà des lois ouvrières très nombreuses ; les plus importantes d'entre elles se réfèrent au contrat de travail.

Cette législation, née ainsi des nouvelles conditions sociales, a des caractères tout à fait opposés à celle du Code.

Nous avons vu que le Code part de l'individualisme considéré à un double point de vue : ses lois s'inspirent de l'intérêt individuel et non de l'intérêt social, et

les individus sont considérés dans leurs rapports comme s'ils vivaient isolés les uns des autres. Le Code protège l'intérêt des possédants, abandonnant la matière des obligations, y compris le contrat de travail, à la libre initiative individuelle.

Aujourd'hui le législateur se place à un tout autre point de vue : il considère l'ouvrier comme ayant un intérêt lié avec celui de tous les autres exerçant la même profession, et il s'occupe de leurs rapports avec le patron pour maintenir l'équilibre entre le capital et le travail. Il ne s'agit donc plus d'intérêt individuel, mais bien d'intérêt social. Par suite, le législateur n'abandonne pas le contrat de travail à la libre initiative individuelle qui aboutit à des résultats désastreux ; il le réglemente pour protéger la vie, la santé, la moralité, la force de travail de l'ouvrier, et pour unir ses intérêts à ceux des patrons.

Cette réglementation est faite sur des principes bien différents de ceux sur lesquels reposent les autres contrats : la capacité des parties contractantes, l'objet du contrat, sa cause, les droits et les obligations qu'il fait naître et son extinction sont régis par des règles spéciales.

Non seulement le contrat de travail, mais toute la législation ouvrière repose sur un nouveau principe, en contradiction avec l'individualisme, la *solidarité* d'intérêts liant les ouvriers entre eux et aux patrons. La loi du 27 décembre 1892 sur la conciliation et l'arbitrage le reconnaît expressément; ce mode de solution des conflits suffisait déjà d'ailleurs à lui seul à le prouver.

La base de la législation ouvrière ne dérivant plus de l'individualisme, la volonté de l'individu cesse d'avoir le rôle principal ; les règles ne sont plus ni interprétatives ni supplétives de la volonté des parties; elles sont impératives. Aussi n'y peut-on déroger par convention

et le législateur va jusqu'à sanctionner ses dispositions par des peines sévères au cas où il y serait contrevenu.

Les lois ouvrières sont si nombreuses qu'elles ont presque partout été codifiées même en Angleterre, où il n'existe que des codifications partielles. En France, on a constitué en 1901 au ministère du commerce une Commission pour réunir en un code les diverses lois ouvrières.

Mais il faut remarquer que ces codifications partielles ne sont pas des codifications dans le sens propre du mot, mais uniquement un classement méthodique des lois sur cette matière, et en réalité on ne peut et on ne doit pas aller plus loin dans cette voie.

IV

On croit généralement que la législation ouvrière est une branche autonome, distincte du droit civil ; et telle est bien l'opinion de ceux-là même qui s'adonnent spécialement à l'étude de ces lois (1).

En réalité il n'en est rien. De même que le droit administratif n'est effectivement, pour sa majeure partie, qu'une nouvelle phase de la législation civile qui prend dorénavant en considération le seul intérêt général ; de même les législations industrielle et agricole sont elles aussi un nouveau progrès de cette même législation civile, prenant en considération les intérêts de l'industrie et de l'agriculture avant l'intérêt des individus isolés ; de même aussi la législation ouvrière n'est qu'une législation civile, applicable seulement à une catégorie de personnes, les ouvriers, et dont le

(1) Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle*, 2e édition, Paris, 1903. Préface, page VIII.

principe dominant, inspiré par son but, est l'union des intérêts ouvriers entre eux et avec ceux des patrons.

Les modifications apportées par les lois ouvrières au droit civil n'ont pas, comme le droit administratif, un caractère général ; elles ne s'appliquent qu'à la classe ouvrière. La conséquence en est qu'à côté du droit civil, régissant jadis toutes les relations de droit privé, existe désormais une législation non systématiquement ordonnée, qui brise en partie l'unité des lois civiles, en constituant à côté du Code, dont le caractère bourgeois se marque de plus en plus, une législation particulière pour les ouvriers. Ce dédoublement du droit privé est un des faits les plus remarquables de notre époque (1).

V

Les transformations économiques ont eu, avons-nous dit, pour troisième et dernier effet, de jeter dans la législation civile certains germes nouveaux qui amèneront dans un avenir prochain des changements plus profonds encore.

La législation ouvrière tend en effet à devenir applicable non seulement aux ouvriers d'industrie exclusivement visés, d'abord par le législateur, mais encore à tous

(1) Il n'y a pas que la législation ouvrière qui exerce une action sur les rapports juridiques : toutes les institutions ouvrières ont une influence indirecte, mais considérable sur le droit privé. Regardons en effet ce qui se passe pour la famille, la moins sujette à changement, semble-t-il, parmi les institutions réglementées par le Code. Elle est profondément transformée dans sa fonction juridique et sociale par les institutions ouvrières. Nous avons nous-mêmes, dans un précédent ouvrage, consacré de longs développements à cette idée. Cf. ALVAREZ, *De l'influence des phénomènes politiques, économique set sociaux sur l'organisation de la famille moderne*, thèse de doctorat, Paris, 1899, pp. 56, 102 à 104 et 162 à 215.

les travailleurs, à quelque catégorie qu'ils appartiennent, tels qu'employés de commerce, ouvriers agricoles et parfois même à la petite bourgeoisie. On comprend aisément l'importance de cette nouvelle orientation législative.

Il y a également tendance à réglementer uniformément en tout pays le contrat de travail au moyen de Conventions internationales et par suite à le faire sortir entièrement du droit privé. Ce desideratum qualifié d'utopie par les économistes libéraux (1) est actuellement en voie de réalisation, et on s'en est occupé non seulement au sein de certaines associations, mais encore dans des Congrès Internationaux. Une Conférence a été réunie à cet effet à Berlin en 1890 ; mais elle n'a abouti à aucun résultat pratique. Il s'est récemment fondé une association, l'« Association internationale pour la protection légale des travailleurs », dont le titre fait suffisamment connaître l'objet, et qui s'efforce de mettre en œuvre les moyens lui permettant d'atteindre son but (2).

Ce desideratum est déjà devenu une réalité. La convention du 15 avril dernier entre la France et l'Italie sur cette matière, marque en effet une nouvelle ère dans les rapports internationaux et dans la législation sociale.

(1) Paul Leroy-Beaulieu, *L'Etat moderne et ses fonctions*. Paris, 1890, p. 350.

(2) Cf. sur ce point Pic, *op. cit.*, nos 172 à 183. On peut ajouter à la bibliographie citée dans l'ouvrage précédent : Politis, « La Conférence de Berlin de 1890 », dans la *Revue internationale de sociologie*, juillet-août 1894 ; Rollin-Jaquemyns, « La Conférence de Berlin sur la législation du travail et le socialisme dans le droit international », dans la *Revue internationale de législation comparée* t. XXII, page 5 ; Yves Guyot, « La Conférence de Berlin et la législation internationale du travail », dans la *Revue politique et parlementaire*, décembre 1898 ; Millerand, « Les traités de travail : la réunion de Bâle », dans la *Revue politique et parlementaire*, 10 octobre 1903.

Le contrat de travail tend, en outre, à devenir un contrat collectif. Les associations professionnelles cherchent et réussissent souvent à substituer aux contrats individuels entre patron et ouvrier un contrat collectif passé par un syndicat avec telle entreprise, ou même toutes les entreprises d'une même branche d'industrie (1).

Il faut noter encore la tendance du législateur à attribuer aux groupements professionnels d'ouvriers et de patrons le droit d'édicter des dispositions obligatoires pour tous les membres de la même profession, sur certains points déterminés par la loi, comme la durée maxima de la journée de travail, le minimum de salaire, les conditions de l'apprentissage, etc. (2).

Il est inutile d'insister sur l'influence décisive qu'exercera sur la législation civile la réalisation de cette quadruple tendance qui chaque jour d'avantage gagne du terrain dans le domaine des faits.

Signalons, enfin, deux autres tendances qui, chaque jour, s'accentuent elles aussi et aboutiront à opérer une transformation complète des rapports juridiques.

C'est d'abord le socialisme (socialisme d'Etat et socialisme municipal) qui prétend conférer à l'Etat et à la commune, outre leurs attributions politiques, certaines autres d'ordre économique, et les organiser en conséquence. Il veut donc transformer en services publics toute une série de rapports faisant aujourd'hui partie

(1) Il existe en Angleterre une Union, celle des Boilesmakers and Iron Shipbuilders, qui superpose les uns aux autres, dans les rapports entre patrons et ouvriers, trois contrats collectifs.

Cf. sur cette matière en général : Raynaud, *Le contrat collectif de travail*, 1901 ; P. Boncour, *Le fédéralisme économique*, 1900 ; Jay, *Une réforme nouvelle d'organisation du travail par les groupements professionnels*, 1901 ; Bureau, *Le contrat de travail, le rôle des syndicats professionnels*, 1901.

(3) Jay, *La protection légale des travailleurs*. Paris, 1904, pages 209 et suiv.

du domaine réservé à la libre initiative individuelle et régis comme tels par le droit privé.

L'autre tendance, c'est la socialisation de la propriété immobilière qui n'est plus considérée, ainsi que le fait le Code, comme un droit purement individuel, mais comme une fonction sociale. Le problème de la propriété agraire surgit, ainsi, toujours plus formidable.

Cette question ne préoccupe pas d'ailleurs également tous les Etats, mais surtout ceux qui, comme la Russie et la Grande-Bretagne, sont des pays de grande propriété. Cette dernière a depuis trente ans légiféré sur cette matière plus qu'aucun autre pays au monde et en s'inspirant toujours du point de vue social.

CHAPITRE VIII

EFFETS JURIDIQUES DES NOUVELLES DOCTRINES SOCIALES, PRINCIPALEMENT DU SOCIALISME ET DU SOLIDARISME

I

Certains faits sociaux (et nous désignons par cette épithète tous ceux qui sont en dehors du domaine politique et économique) agissent également sur les relations juridiques.

Le développement de la population, l'accroissement des grandes villes, les progrès de l'activité humaine, ont contribué à rapprocher les individus qui sont sortis de leur isolement antérieur pour poursuivre en commun la réalisation d'intérêts identiques.

La société et l'association se sont donc beaucoup développées au cours du XIXe siècle et sont la pierre angulaire de la vie moderne Elles multiplient les activités individuelles et solidarisent les intérêts des membres d'un même groupe. Elles sont, sous ses diverses formes, non seulement nationales, mais tendent même à devenir internationales Elles existent dans toutes les classes de la société et pour tous les ordres d'activité : politique, économique, industrielle, scientifique, littéraire, etc.

C'est en s'associant que des individus unis par des intérêts communs (agriculteurs, commerçants, producteurs, consommateurs, professionnels quelconques)

manifestent leurs revendications, et les lois tendent de plus en plus à sauvegarder l'intérêt général du groupe dont l'individu fait partie.

La société et surtout l'association acquièrent ainsi de la loi des droits et des prérogatives que ne pouvait pas avoir l'individu : certaines lois vont jusqu'à conférer à l'association des droits de puissance publique. Ces facultés sont excercées par les associations dans l'intérêt de leurs membres, dont le droit, au lieu d'être individuel, est socialisé, car c'est au groupe à l'exercer, et l'individu n'en jouit qu'en tant qu'il en est membre. C'est par ce moyen que tend à s'effacer de la législation le deuxième aspect de l'individualisme que nous avons signalé, et en vertu duquel les individus sont considérés, dans leurs rapports, comme vivant isolés les uns des autres. Le législateur tend à voir en eux de plus en plus des associés, et, en groupant leurs intérêts individuels divergents, il crée entre eux des rapports de coordination ou de solidarité.

Le développement de l'association, et les prérogatives qu'elle a reçues de la loi, ont exercé une grande influence sur sa conception juridique qui est en train de se transformer. On discute de tout côté sur sa véritable nature et son caractère, ainsi que sur ceux du patrimoine qu'elle possède, et on émet à cet égard des théories nouvelles, appelées à avoir une grande répercussion dans le domaine juridique (1).

II

D'autres phénomènes ont encore agi sur les rapports juridiques. Le développement de certaines doctrines,

(1) Voir sur cette matière VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les personnes morales*. Paris, 1900.

nées de l'influence des transformations politiques et économiques, a eu sa répercussion sur la morale et par suite sur le droit.

Comme les faits d'où elles dérivent, ces nouvelles doctrines sont dans une période de transition et de crise et marquent le passage d'un régime qui disparaît, l'individualisme, à un nouveau régime, le socialisme, dont nous ne savons encore exactement ce qu'il sera.

Elles combinent des principes divers, et même contradictoires, empruntés tour à tour aux deux doctrines, individualiste et socialiste. Nous n'en voulons d'autres preuves que les doctrines de Le Play, Taine, Renan, Littré, Courcelle-Seneuil, pour ne citer que les principales (1).

Quelques écrivains ont même tenté de mettre fin à cette crise (2) mais, cela va de soi, sans y réussir. Il est cependant une chose certaine parmi tant d'incertitudes : c'est la réaction constante qui s'est produite au cours du XIXe siècle contre l'individualisme dont les principes et les applications ont été fortement attaqués par les théocrates comme par les plus récents socialistes scientifiques (3).

III

Les nouvelles doctrines qui ont fait le plus sentir leur influence sur la morale, et par suite sur les rapports de

1. Voir pour l'exposé sommaire de ces doctrines et la confirmation de ces idées Henri Michel, *op. cit.* livre V chapitre I. Sur la diversité et la confusion des doctrines économiques, Cf. Pic, *op. cit.* nº 17 à 69.

2. Par exemple MM. Fouillée et Renouvier, Cf. sur leur doctrine, et l'appréciation critique de leurs idées, Henri Michel, *op. cit.* livre V chapitre III

3. Henri Michel, *op. cit.*, livre I, II, III, IV et conclusion nº 1.

droit, sont le socialisme, le solidarisme et la doctrine démocratique.

Nous avons déjà dit que la morale comprend deux sphères, la sphère juridique, qui est celle où le législateur se cantonne pour régler les rapports juridiques, et la sphère de la morale volontaire qui reste en dehors de l'influence du législateur. Nous avons montré, en outre, comment la morale juridique, acceptée par le législateur, a été celle de la philosophie du XVIIIe siècle, qui met à sa base le respect absolu des droits individuels, et méconnaît totalement l'idée de solidarité. La morale volontaire était la doctrine chrétienne qui fait de la fraternité la base des rapports entre les individus.

Au cours du XIXe siècle le socialisme et le solidarisme ont entièrement bouleversé cet état de choses et prétendent substituer dans les rapports de droit à la morale individualiste la morale chrétienne, qui prend alors le nom de solidarité.

Ces doctrines inspirent non seulement la nouvelle science économique et la nouvelle législation, mais aussi la pratique et la jurisprudence ; elles ont transformé les notions de liberté juridique et par suite celle de responsabilité civile ; de morale, de bonnes mœurs et d'ordre public qui jouent un rôle important dans le Code.

IV

Cette notion de solidarité a fait d'abord naître toute une science destinée à réprimer les excès de l'individualisme dans le domaine de l'économie politique : l'économie sociale dont le but humanitaire est de diminuer les souffrances des hommes et de développer leur bien-être dans

la mesure où son augmentation peut contribuer à la paix sociale.

Les lois modernes ne s'inspirent plus, comme le code, ni de la tradition, ni des principes rationalistes des philosophes, ni de l'individualisme des économistes, pour qui toute la justice consistait uniquement à donner à chacun ce qu'on croit lui appartenir, c'est à-dire à établir les rapports de coexistence entre les individus.

Elles s'inspirent d'un nouveau principe de justice, celui qui domine l'économie et la morale sociale et qui est la solidarité, supposant des rapports de coordination contre les individus.

Cette idée de solidarité se manifeste dans les nouvelles lois sous les aspects suivants :

1° Des dispositions sont édictées en vue de réglementer certains intérêts généraux et dont l'influence se fait sentir plus ou moins directement sur les rapports juridiques (droit administratif) ;

2° Les rapports juridiques sont réglementés au point de vue de l'intérêt général qui prédomine sur les convenances particulières des individus ;

3° Certaines catégories de rapports juridiques, notamment ceux qui intéressent la classe ouvrière, ne sont plus abandonnées à la libre initiative individuelle. Le législateur s'inspire uniquement de l'intérêt général dans ses prescriptions à leur égard.

4° Les nouvelles lois consacrent le principe de l'assistance due par certains individus à d'autres qui en ont besoin, notamment des patrons envers leurs ouvriers, et de l'Etat envers certaines institutions ouvrières ;

5° Elles tendent à limiter l'exercice de certains droits et à imposer des responsabilités, même au cas où il n'y a pas de préjudice matériel causé ; c'est-à-dire qu'elles essaient d'introduire le principe de l'abus du droit et d'étendre celui de la responsabilité civile ;

6° Elles multiplient l'intervention toujours croissante de l'Etat pour favoriser les associations dans leurs diverses manifestations, et pour créer des institutions d'intérêt général que l'association n'a pas encore fait naître.

V

Nous avons dit que la notion de solidarité a modifié, en pratique et en jurisprudence, la notion de liberté juridique et par suite celle de responsabilité civile.

Le Code admettait que l'individu a le droit d'agir, comme bon lui semble, en usant comme il l'entend de ses droits qui ont pour limite exacte le droit d'autrui. Ce n'est que dans ce dernier cas que l'individu peut être responsable, et encore ne l'est-il que du préjudice matériel qu'il a pu causer ; l'indemnisation d'un préjudice moral n'est pas sanctionnée, et on ne songe même pas à le faire.

D'autre part, l'individu était considéré comme psychologiquement libre ; il devait donc être non seulement civilement responsable, mais expier ensuite toutes les actions nuisibles qu'il a commises.

Cette double conception de la liberté individuelle aboutit à restreindre étroitement la responsabilité civile et à étendre, au contraire, la responsabilité criminelle.

Aujourd'hui, l'idée de la solidarité, et les progrès de la psychologie et de la psychiâtrie ont complètement bouleversé la notion de liberté à ce double point de vue. La responsabilité civile se trouve énormément accrue et la responsabilité pénale a de son côté diminué. Elle a diminué en ce sens, que les juristes, traduisant sur ce point les résultats acquis par la science ainsi que le sentiment de la conscience populaire, sont de plus en

plus pénétrés de l'idée que le criminel n'est pas moralement coupable, et qu'il a agi poussé par des mobiles plus ou moins apparents. Le problème de la criminalité consiste donc non à punir un coupable d'un acte dont il n'est jamais entièrement responsable, mais à le corriger par des moyens appropriés (1).

La responsabilité civile s'est accrue à un triple point de vue.

La doctrine et la jurisprudence tendent, d'abord, constamment à ne pas reconnaître les droits individuels comme absolus et à substituer à l'ancien axiome formulé par le Code, qu'il ne saurait y avoir réparation là où il a été fait usage d'un droit, la notion de l'abus du droit, faisant encourir à son auteur une responsabilité que ne motive aucune faute légale de sa part.

Il est de plus en plus admis que les droits acquis ne sauraient être détournés de leur destination normale, et que quiconque, même dans les limites établies par la loi, exerce son droit dans une mauvaise intention ou le fait dévier du but social ou économique qui le légitime, doit en perdre l'exercice ou être condamné à réparer le dommage qu'il a causé. Et s'il s'agit d'un droit qui ait une origine contractuelle, ce droit peut être anéanti par l'annulation du contrat ou ramené à ses limites normales par les tribunaux (2).

Ensuite, les tribunaux sanctionnent toujours plus stric-

(1) C'est ce qui explique le fait, à première vue étrange, que la conscience populaire tout en ayant un sentiment plus profond de la responsabilité juridique, a au contraire moins le sentiment d'une responsabilité envers la divinité. Sur cette dernière constatation et son importance au point de vue religieux, cf. l'ouvrage de l'abbé DE GIBERGUES, *Nos responsabilités*. Paris, 1904, pages 1-20.

(2) SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, art. 138, nos 85 et suiv., et *Théorie de l'obligation*, 2e édit., p. 343, no 4, et 370, no 1. Cf. PORCHEROT, *De l'abus du droit* (thèse de doctorat). Dijon, 1901 ; cf. CHARMONT, « L'abus du droit », dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, no 1 (1902), pages 113-125.

tement la responsabilité qui peut provenir d'un dommage causé.

Au début du Code, la réparation pécuniaire du préjudice moral causé par un acte illicite n'était admise ni en doctrine, ni en jurisprudence ; l'une et l'autre admettent aujourd'hui qu'il y a lieu, dans ce cas, à réparation civile. La jurisprudence cependant ne veut pas encore consacrer le principe de la réparation pécuniaire du préjudice moral, résultant de l'inexécution ou de la violation d'un contrat ; mais la doctrine demande déjà que la responsabilité civile soit sanctionnée dans ce dernier cas et cette théorie sera peut-être d'ici peu définitivement acceptée (1).

Enfin, la doctrine comme la jurisprudence, ont admis qu'il peut y avoir lieu à responsabilité en dehors de toute idée de faute, par exemple en matière d'accidents dont les ouvriers sont victimes. On a justifié cette innovation par les théories juridiques de la responsabilité objective ou du risque professionnel. La loi a ensuite consacré d'une façon explicite cette responsabilité du patron envers ses ouvriers, responsabilité qui, en réalité, repose sur le principe de l'assistance due par le premier au second ; ce n'est là pas autre chose que la réalisation dans les faits, du principe de solidarité.

VI

Les transformations qu'ont subies en pratique et jurisprudence les notions de *morale*, de *bonnes mœurs* et d'*ordre public*, sont également des effets juridiques de la notion de solidarité. Ces expressions, dont s'est

(1) Voyez sur cette matière DORVILLE, *De l'intérêt moral dans les obligations* (thèse de doctorat). Paris, 1901.

servi le législateur, sont vagues et évolueront constamment dans le sens des idées et des doctrines qui tendent à se faire jour.

La notion de *morale*, à l'époque du Code, était très étroite ; celle d'*ordre public* avait aussi une portée restreinte, et était confondue avec celle de droit public.

Aujourd'hui il n'en est plus de même. La base de la morale étant la solidarité, la doctrine et la jurisprudence tendent timidement encore, mais elles le feront chaque fois plus hardiment, à considérer comme contraire à la morale tout ce qui est contraire à l'idée de solidarité sociale.

Il en est de même de la notion d'ordre public qui tend sans cesse à se confondre avec celle de l'intérêt général.

L'évolution, précédemment subie par ces deux notions, et qui est loin d'être terminée, permettra à la doctrine et à la jurisprudence de résoudre aisément de nombreux problèmes juridiques d'une manière conforme aux exigences sociales.

CHAPITRE IX

EFFETS JURIDIQUES DE LA DOCTRINE DÉMOCRATIQUE

I

Si la notion de solidarité a exercé une influence considérable sur les rapports de droit, en législation, en doctrine et en jurisprudence, il en est de même d'une autre, la doctrine démocratique, dont l'influence s'est fait surtout sentir sur le droit de famille.

Nous avons dit que le Code fait une distinction tranchée entre la famille légitime et illégitime, et fonde le droit de famille légitime sur la base de la solidarité aristocratique et autoritaire.

L'avènement de la démocratie tend à bouleverser de fond en comble la distinction entre ces deux sortes de familles reconnues par le Code, ainsi qu'à affaiblir les rapports juridiques et la notion d'autorité dans la famille légitime.

Les hommes dans une démocratie diffèrent peu les uns des autres. Comme le remarque justement Tocqueville, chaque jour la notion du supérieur devient plus faible et moins claire. En vain la volonté du législateur s'efforce-t-elle de placer celui qui obéit fort au-dessous de celui qui commande; les mœurs rapprochent chaque jour ces deux hommes l'un de l'autre et les attirent insensiblement vers le même niveau (1).

(1) Tocqueville, *op. cit.*, t. III, 3e partie, chapitre VIII.

II

Les rapports entre époux ont été transformés par l'influence de cette doctrine. Le mouvement qualifié de féministe n'est que la mise en œuvre de cette nouvelle idée. L'autorité du mari comme chef de famille et comme chef de la communauté conjugale, se tempère de plus en plus au profit de la femme.

Les liens juridiques, qui les unissent en associant leurs personnes et leurs biens, tendent sans cesse à se relâcher. Si l'on considère l'association des personnes, on voit s'affaiblir le devoir d'obéissance de la femme à l'égard de son mari et l'on a tendance à considérer le mariage comme un lien de plus en plus aisé à dissoudre par le divorce.

Dans l'association des biens on tend à élargir la participation de la femme à l'administration de la communauté conjugale et même à établir une séparation plus ou moins complète des patrimoines respectifs des époux.

L'extension de l'indépendance de la femme ne ruine pas seulement l'autorité du mari mais aussi la solidarité des rapports entre conjoints. Il y a cependant à signaler, comme une exception à cet affaiblissement, la tendance de toutes les législations modernes à donner au conjoint survivant des droits de plus en plus étendus sur la succession de celui des époux qui prédécède.

Malgré cette exception, le progrès rapide des idées socialistes encore très incertains en cette matière (1), fait supposer que dans un avenir prochain les rapports

(1) Voyez les divers systèmes socialistes émis sur ce point dans Menger, *L'état socialiste* (traduction Milhaud), Paris 1904, livre II, chapitre XII, pages 176-192.

juridiques entre conjoints se trouveront presque réduits à rien. Il n'y a néanmoins pas lieu de craindre pour l'avenir de la famille qui ne repose pas en réalité sur des liens juridiques, comme on le croit généralement, mais est constituée en réalité par des liens moraux ou d'affection (1).

III

L'idée démocratique a exercé aussi une double influence sur les rapports juridiques entre le père et ses enfants légitimes. D'une part, elle a affaibli la notion d'autorité et de l'autre elle a imposé au père des devoirs comme corollaires à ses droits, et ces devoirs engagent sa responsabilité. Il ne peut donc pas, comme à l'époque du Code, exercer librement ses droits et sans contrôle. Aujourd'hui on n'admet plus que le père est investi d'une fonction purement individuelle, mais bien plutôt d'une charge vraiment sociale, à l'exercice de laquelle est lié le progrès de la nation tout entière ; et comme telle, cette charge ne peut pas être abandonnée au bon vouloir du père ; il peut même en être déclaré déchu, s'il se montre indigne de l'exercer. Comme pour les rapports entre conjoints, les idées socialistes tendent à changer entièrement les rapports juridiques entre le père et ses enfants (2). Mais ces transformations ne sauraient avoir une influence destructive sur la famille. Ici comme pour les rapports entre conjoints, il s'agit moins de liens juridiques que de liens moraux ou d'affection,

(1) Sur l'affaiblissement continu des liens juridiques dans les rapports entre conjoints, ALVAREZ, *op. cit.*, chapitres II et III, pages 60-83.

(2) Voyez sur cette matière MENGER, *op. cit.*, livre II, chapitre XIII, pages 193-200.

inhérents à la nature humaine et suffisants pour assurer à jamais l'existence de la famille (1).

IV

L'idée démocratique a exercé, enfin, son influence sur le droit de famille, en améliorant sans cesse la condition de l'enfant naturel, sans se soucier, comme s'en était préoccupé le législateur de 1804, des inconvénients qui peuvent en résulter pour la famille légitime. On prétend améliorer la condition de l'enfant naturel d'une double façon : on veut d'abord étendre la recherche de la paternité, et ensuite assimiler sa condition à celle des enfants légitimes. On tend à revenir ainsi aux principes de la législation de l'époque intermédiaire contre laquelle avait réagi le législateur du Code. Chose digne de remarque : c'est au nom de l'intérêt social que le Code se refuse à donner aux enfants naturels les mêmes droits qu'aux enfants légitimes. Aujourd'hui, c'est au nom de ce même intérêt qu'on prétend les mettre sur un pied d'égalité juridique.

La démocratie a eu donc une double conséquence, en apparence contradictoire, sur les rapports de famille. D'un côté elle a graduellement affaibli les rapports juridiques unissant les membres de la famille légitime, et de l'autre elle a amélioré rapidement et resserré les rapports juridiques entre membres de la famille naturelle. Il y a ainsi deux familles socialement et légalement organisées, tandis qu'à l'époque du Code il n'y en avait qu'une seule. Cet affaiblissement des liens juridiques dans la

(1) Voyez sur cette matière, ALVAREZ, *op. cit.*, chapitres IV et V, pages 84-138.

famille légitime et leur extension à la famille naturelle est le fait capital sur lequel repose toute question de la famille dans la société moderne (1).

(1) Sur cette matière, ALVAREZ, *op. cit.*, chapitre VI, pages 139-161.

CHAPITRE X

CONCLUSIONS QUI SE DÉGAGENT DE L'ÉTUDE DES PRÉCÉDENTES TRANSFORMATIONS

I

Nous avons indiqué, dans leurs grandes lignes, les transformations sociales qui se sont opérées au cours du XIXe siècle, et l'influence qu'en dépit de la codification elles ont exercée sur les rapports juridiques.

Ces transformations ont influencé ces rapports en leur conférant des caractères tout à faits opposés à ceux qu'ils avaient à l'époque du Code : les rendant multiples et enchevêtrés et très mobiles, et tendant dans le domaine juridique à les internationaliser, à les socialiser et à leur imprimer de plus en plus le caractère de rapports de droit public (1).

Les modifications subies par le droit civil, malgré les apparences de celui-ci, sont donc énormes. Son cadre, ses bases et ses principes directeurs ont changé ; beaucoup d'institutions dont traitait le Code en sont sorties, soit pour disparaître entièrement, soit pour être englo-

(1) Malgré cette opposition de point de vue entre l'état actuel de la société et celui du Code et conséquemment celle de l'ancien régime, notre société se rapproche de celle de l'ancien régime par l'intervention croissante de l'Etat qui la soumet à un régime de police analogue, et la multiplicité croissante des associations, surtout des associations ouvrières dont la nature et les attributions les font ressembler par plus d'un trait aux anciennes corporations.

bées dans le droit public ou pour former des législations particulières reposant sur des bases et des principes autres que ceux du Code ; d'autres s'y sont ajoutées, d'autres enfin, qui sont en majorité, n'ont subi que des modifications partielles et sont aujourd'hui réglementées à la fois par les principes dont s'est inspiré le Code et d'autres plus nouveaux d'origine différente. Il y a donc désaccord entre les éléments disparates fournis par une législation vieillie, et des lois, une coutume et une jurisprudence novatrices. Aux principaux problèmes juridiques correspondent donc aujourd'hui, en réalité, d'autres solutions que celles qui sont fournies par les textes du Code (1).

II

Nous dégagerons donc une triple conclusion de l'exposé que nous avons fait jusqu'ici : 1° si le législateur n'a pas songé au moyen de mettre le droit en harmonie avec les exigences de la pratique, les nouvelles lois qu'il édicte, la doctrine et la jurisprudence réalisent en grande partie cette harmonie. La codification n'a donc pas arrêté, comme on le croit souvent, le développement du droit ; elle n'a fait que l'entraver et le dissimuler ; phénomène qui provoque le défaut d'harmonie entre les textes du Code et la vie sociale.

2° il s'agit non seulement de trouver, comme le croient tous les auteurs dont nous avons passé en revue les doctrines, un système permettant d'assouplir les textes légaux pour donner satisfaction aux nouvelles

(1) Ces modifications indirectes subies par les institutions juridiques ont échappé même à ceux qui ont signalé toute l'importance de la nouvelle législation au point de vue des nouveaux principes. Voyez surtout LEROY, *Le Code civil et le droit nouveau*, Paris, 1904.

exigences de la vie sociale, mais une méthode d'étude, grâce à laquelle on puisse d'abord connaître les modifications subies jusqu'à présent par les institutions juridiques et retracer leur véritable caractère, et qui permettra ensuite de réunir des éléments objectifs d'interprétation suffisants pour résoudre, tant en doctrine qu'en jurisprudence, les conflits qui peuvent surgir à l'avenir ;

3° Il faut trouver un nouveau système de codification permettant au droit privé de s'harmoniser avec les modifications de la vie sociale, sans les entraver comme aujourd'hui, ni les dissimuler, tout en laissant aux relations juridiques la même sécurité que sous l'empire du Code.

TROISIÈME PARTIE

NOUVELLE ORIENTATION A IMPRIMER AUX ÉTUDES DE DROIT PRIVÉ

CHAPITRE I

DÉFAUTS DU SYSTÈME ACTUEL D'ENSEIGNEMENT DU DROIT PRIVÉ

I

Une ère nouvelle doit s'ouvrir pour l'enseignement du droit privé. L'éducation juridique des nouvelles générations doit être autre. Juristes, avocats et juges doivent être mis en état de résoudre d'une manière satisfaisante les problèmes toujours plus nombreux et compliqués suscités par la vie sociale. Une réforme des études juridiques s'impose donc : leur direction, leurs tendances, leur méthode doivent être autres.

L'enseignement actuel a le triple tort d'être empirique, fractionné et incomplet.

Il est empirique, car, dès qu'il s'élève au-dessus du texte légal, il s'imprègne d'esprit métaphysique et logique, et néglige les réalités de la vie.

Il est fractionné ; car il se subdivise en une quantité

de branches, étudiées séparément et parfois même opposées les unes aux autres, comme le droit public et le droit privé, ce qui empêche d'apercevoir l'ensemble des institutions juridiques sous leur véritable aspect et d'en pénétrer la nature interne.

Il est incomplet, et cela à plusieurs points de vue.

On se limite dans l'étude de chacune des branches du droit privé à un commentaire fait selon un système plus ou moins large, de textes légaux, on signale les incertitudes qu'ils présentent et les nouveaux problèmes nés de la pratique, et ces problèmes on les résout selon des procédés d'interprétation traditionnels, en les rapprochant de la jurisprudence.

On néglige entièrement l'étude vraiment vivante du droit, en tant que science d'observation : on passe sous silence les principes fondamentaux qui en sont le point de départ, leur nature, les transformations plus ou moins grandes qu'ont subies ces principes sous l'influence plus ou moins directe des phénomènes sociaux, les modifications qui en sont résultées pour le même motif pour les institutions juridiques, la façon de les adapter aux nécessités pratiques.

Il faut donc, à l'avenir, exclure les études d'exégèse approfondie et les remplacer par des études de généralisation laissant des impressions nettes sur la nature des institutions juridiques. En un mot, l'étude du droit doit être plus positive et plus objective.

Comment distribuer l'enseignement du droit privé pour y arriver ? sur quelle base et d'après quelle méthode cet enseignement doit-il être donné ? tels nous paraissent être les points à élucider, si l'on veut tenter de remédier à ce fâcheux état de choses.

II

Les rapports juridiques étant aujourd'hui complexes et enchevêtrés au lieu d'être simples et bien délimités comme jadis, toutes les branches du droit, qui n'étudient chacune qu'un des divers aspects des rapports juridiques, doivent être étudiées, groupées en une branche maîtresse le *droit positif*, qui envisagerait d'une façon générale l'ensemble des rapports juridiques sous les diverses faces qu'ils présentent : relations nationales ou internationales, intérêts généraux (droit administratif) ou individuel, (droit civil) ; point de vue économique (droit commercial, législation ouvrière, droit industriel) ou social.

Il faudrait étudier ensuite, en dehors du cours de droit positif, et séparément, les principales institutions juridiques qui doivent être présentées dans ce cours sous leur aspect général : droit de famille, de propriété, société et associations, contrats en général, contrat de travail, etc.

Outre ces deux sortes d'études, il serait encore nécessaire de rassembler dans une troisième catégorie d'études l'ensemble des branches du droit se référant à un même ordre de phénomènes, pour éviter, ce qu'on n'a pas fait jusqu'à présent, de fractionner l'étude d'un même ordre de phénomènes.

On étudierait donc, soit dans un cours unique qui comporterait plusieurs années, soit dans des cours dirigés par plusieurs professeurs, mais inspirés par la même idée d'unité, tous les phénomènes de même nature : politiques, économiques, sociaux en examinant à propos de chacun d'eux toutes leurs manifestations, en doctrine, en législation, en jurisprudence, en fait et d'après les institutions nées de la pratique. Dans cette étude on

fera ainsi se pénétrer mutuellement les sciences juridiques et les sciences politiques qui sont toutes deux de même ordre.

Le droit constitutionnel serait étudié à propos des phénomènes politiques, non seulement dans les textes, mais d'après les faits, et dans ses rapports avec certaines parties du droit administratif, dont le reste se fondra dans l'étude du droit positif et des branches spéciales. Les phénomènes économiques formeraient un ensemble étudiant le côté économique des institutions juridiques en connexité étroite avec l'économie politique et l'économie sociale.

On pourra de la sorte se rendre compte de l'importance de chaque groupe de phénomènes, de son étendue, de son influence sur les institutions juridiques et de l'orientation vers laquelle ils acheminent la société. Les conclusions, qui seraient l'aboutissement de ces études, auraient une véritable utilité pour la science juridique en général.

Enfin, on étudiera sous son véritable aspect, et en lui donnant toute sa portée, l'histoire du droit, dans laquelle nous comprenons l'histoire des institutions juridiques des Romains, et la législation civile comparée (1).

(1) Les étudiants pour retirer le maximum d'avantages de leurs études juridiques devront, en outre, faire des exercices pratiques, mais d'une tout autre façon qu'on ne le comprend aujourd'hui. Ils auront à se livrer à des enquêtes sur l'utilité de lois ou d'institutions déterminées, en étudiant leurs avantages ou leurs inconvénients, leur mode de réglementation et leurs résultats dans d'autres pays. Ils doivent aussi s'exercer à formuler des projets de lois à un point de vue général, en s'attachant surtout à en déterminer la matière, et à envisager les divers points de vue qui nécessitent une réglementation, en se rendant compte des difficultés de la tâche du législateur et des idées qui doivent dominer leur sujet. Les étudiants prendront goût à ces sortes de travaux et acquerront peu à peu plus de largeur d'esprit ; ils auront ainsi davantage conscience de la mobilité des relations juridiques et de l'impossibilité où est le législateur de tout régler et de

III

Les études fondamentales, à notre sens, parmi celles qui viennent d'être énumérées sont l'histoire du droit, le droit privé et la législation civile comparée. Elles doivent être approfondies selon la méthode applicable aux sciences sociales en général, la méthode d'observation.

Pour quelles raisons ces trois études constituent-elles pour nous la base fondamentale de l'enseignement du droit, et comment peut-on leur appliquer la méthode d'observation c'est ce qu'il y a lieu maintenant d'examiner (1).

tout prévoir, ce qui est un point qui doit bien être mis en lumière dans l'éducation juridique nouvelle.

(1) Nous ne parlerons dans les développements qui suivront que de la méthode d'études dans les principales branches du droit. Nous laissons donc de côté tout ce qui a trait à la méthodologie en général et à la critique historique, auxquelles les jeunes gens doivent être initiés dès leur classe de philosophie ou pendant leur première année d'études à la Faculté de droit ou à celle des lettres.

CHAPITRE II

DE L'ÉTUDE DE L'HISTOIRE DU DROIT

I

L'étude de l'histoire des institutions a été pendant longtemps négligée parce qu'on en a méconnu le but et par suite la méthode.

On ne lui assignait aucun but scientifique ou pratique; le passé semblait ne pouvoir être qu'un objet de curiosité. Elle ne pouvait avoir de véritable but scientifique au temps où on croyait que seule la philosophie du droit fondée sur l'étude de la nature de l'homme, était la véritable science juridique et devait inspirer comme telle le législateur. Elle n'avait pas davantage de but pratique immédiat par cela seul qu'on admettait que les institutions consacrées par le législateur, quoiqu'ayant une origine traditionnelle, se détachaient par le fait de la codification de leur passé pour vivre d'une existence indépendante.

Les études d'histoire des institutions en étaient réduites à n'être plus que secondaires. Aussi l'ancienne législation d'un pays était-elle étudiée suivant une méthode conforme à ce but, méthode uniquement descriptive, qui exposait la législation dans un ordre chronologique, et dépourvue de tout esprit critique.

L'introduction de la méthode d'observation dans les sciences sociales a ruiné la conception philosophico-

métaphysique du droit. On comprend désormais que le droit n'est qu'une résultante de la vie sociale, un produit de la société dans laquelle il se développe ; qu'il se modifie dans le temps et dans l'espace, et que par suite il change incessamment. Ainsi c'est dans l'histoire des institutions qu'on s'accorde à chercher la majeure partie des éléments de la véritable science juridique et de la véritable philosophie du droit.

On reconnait en outre que l'étude de l'histoire des institutions juridiques a un côté essentiellement pratique : si l'on veut, en effet, se rendre compte de la nature des institutions actuelles et de l'influence exercée sur elles par les phénomènes sociaux, il faut connaître ce qu'elles ont été dans le passé.

II

L'étude de l'histoire des institutions est donc importante au double point de vue scientifique et pratique. Nous aurons à insister là-dessus. Occupons-nous pour le moment de rechercher une méthode d'étude qui nous permette d'atteindre ce double but.

Faisons abstraction de deux tendances qui se sont manifestées à ce propos : la tendance sociologique, et la tendance ethnologo-juridique, cette dernière représentée par Morgan, Mac Lennan, Post et Letourneau.

C'est un maître éminent, M. Flach, le savant professeur du Collège de France, qui le premier a eu l'honneur d'indiquer et d'appliquer la véritable méthode qui convienne à ces études. Le premier il a réagi contre le double erreur de n'étudier l'histoire des institutions qu'au point de vue national et descriptif. Il a bien montré que s'il est impossible d'étudier l'histoire nationale d'un pays sans connaître, au moins dans ses traits

généraux, l'histoire générale de la civilisation elle-même, il n'est pas davantage possible d'étudier l'histoire des institutions d'un pays, sans connaître au moins dans ses traits essentiels l'histoire des institutions de tous les autres.

Histoire du droit est donc pour lui synonyme d'histoire de la législation comparée. « Si des peuples de même race, dit-il, conservent dans leur langue, dans leurs traditions, dans leur littérature populaire, un fonds commun, après des siècles de séparation profonde, pourquoi ne conserveraient-ils pas dans leurs lois des restes d'un passé éloigné ? Comment nier aussi que des nations voisines, mêlées par des luttes acharnées, tour à tour conquérantes et conquises, unies plus tard par des relations que le commerce, l'art, la culture intellectuelle établissent entre les hommes, n'aient exercé une action durable sur les lois l'une de l'autre ? » (1).

Il s'est également attaché à comprendre la vie des institutions, c'est-à-dire leur origine, leur développement, l'influence qu'ont exercée sur elles les faits ambiants et la manière dont s'est exercée cette influence.

L'investigation historique, consiste, dit-il, à « s'engager résolument dans un dépouillement minutieux, à la fois méthodique et critique des textes, pays par pays, race par race, époque, par époque à rapprocher, comparer, contrôler, en les éclairant les uns par les autres, les éléments essentiels, les éléments *simples* que l'analyse permet d'extraire de cette masse immense de matériaux et à édifier ainsi lentement et prudemment une synthèse scientifique » (2).

(1) Flach, *Les origines de l'ancienne France*, Paris, 1886. Introduction, n° VI.

(2) *L'Enseignement de l'histoire des législations comparées au Collège de France* (*Revue internationale de l'Enseignement*, t. XXXV, 1898, p. 310). Cf. *Le Lévirat et les origines de la famille*. (Extrait des *Annales des Sciences politiques*, mai 1900), p. 3 à 7.

C'est d'après cette conception de l'histoire des institutions et de la méthode historique, que M. Flach a écrit son bel ouvrage des *Origines de l'ancienne France*, et qu'il fait son cours d'histoire des législations comparées au Collège de France depuis 1879.

III

L'étude de l'histoire des institutions doit être complète et se faire rigoureusement selon la méthode d'observation.

Elle doit commencer par les institutions juridiques des Romains, puis se continuer par un cours général des institutions des quatre groupes de pays que nous avons précédemment indiqués : peuples de race latine, anglo-saxons, saxons et slaves.

C'est là une étude d'ensemble qui doit être faite dans ses grandes lignes seulement, et qui permet d'apercevoir les traits généraux des institutions de tous les pays, et l'influence plus ou moins grande qu'ont exercée sur elles les phénomènes sociaux. On divisera cette étude en périodes plus grandes et plus marquées qu'on ne le fait actuellement, et dans chacune d'elles on examinera l'action des phénomènes les plus généraux, tels que le christianisme, le droit canonique, la féodalité, la lutte des pouvoirs civil et religieux, la réforme, la monarchie absolue. C'est la seule manière de bien saisir la véritable portée des grands phénomènes historiques ; la féodalité notamment ne peut être connue que par l'étude comparée des institutions des divers pays. On comprendra alors pourquoi l'action d'un phénomène déterminé s'est fait sentir dans tel pays plutôt qu'ailleurs ; pourquoi en France, en Angleterre, par exemple, le droit est féodal, tandis qu'il est presque purement

religieux en Espagne, si bien que certains des anciens codes espagnols ont presque un caractère sacerdotal.

On prendra ensuite séparément chaque période et on abordera l'étude de l'histoire des institutions du groupe dont fait partie le pays auquel on appartient soi-même, en s'attachant spécialement à ses propres institutions, Cette étude aura pour objet de faire comprendre l'origine et les transformations des institutions et de démêler sous quelles influences du milieu social elles naissent et se développent Il faut donc commencer par étudier le milieu social, les phénomènes de toute sorte qui existent à une époque, ensuite déterminer leur intensité, leurs énergies, et l'on verra ensuite comment sous leur influence sont nées et se sont développées les institutions. Ce faisant, on remarquera tout spécialement les divers procédés employés par les juristes et les juges pour développer, sous prétexte d'interprétation, les règles juridiques dans le sens d'une adaptation plus ou moins rigoureuse aux nouvelles nécessités sociales.

Enfin, dans une nouvelle série d'études on devra aborder quelques-unes des principales institutions juridiques, telles que la famille, la propriété. Ces études auront pour but d'esquisser dans un rigoureux enchaînement et avec plus d'ampleur que dans le cours général précédemment indiqué, l'origine et l'évolution de ces institutions, qui auront déjà été examinées, dans le cours général, période par période, en même temps que les autres institutions.

IV

L'étude du milieu social, et de son influence sur les institutions, est certainement très difficile ; les phénomènes sociaux sont très complexes et s'enchevêtrent réci-

proquement les uns avec les autres, en sorte qu'il ne sera pas toujours facile de préciser la part d'influence de chaque phénomène ; de telles influences, aussi, peuvent être lointaines et ne s'exercer que peu à peu combinées avec d'autres éléments.

Malgré ses difficultés cette étude doit être tentée, car elle n'a rien d'impossible.

Elle sera difficile si l'on veut la pousser à fond ; mais non si on se contente, comme il est opportun de le faire, de l'esquisser dans ses grandes lignes et ses traits généraux qu'il ne convient d'ailleurs d'approfondir qu'autant qu'il y a réellement utilité à le faire.

L'étude des institutions en la forme indiquée, malgré ses difficultés, nous fera voir les institutions juridiques sous leur aspect véritablement intéressant ; elle montrera leur cohésion plus ou moins grande, leurs éléments fondamentaux et secondaires, ceux-ci se modifiant constamment, ceux-là se transformant lentement. Ces institutions nous apparaîtront ainsi non comme ayant un caractère abstrait, et encore moins comme immuables, mais comme un dérivé de l'état général de chaque époque.

CHAPITRE III

DE L'ÉTUDE DU DROIT PRIVÉ

I

Le but de cette étude doit être, avons-nous dit, de présenter dans leur ensemble, et dans leurs grandes lignes, tous les rapports juridiques qu'on envisage aujourd'hui isolément et sous forme de branches séparées.

Cette étude d'ensemble est indispensable si l'on veut se rendre un compte bien exact de la véritable nature des relations juridiques, des transformations qu'elles ont subies ou qu'elles subissent, et pouvoir ainsi posséder des règles objectives pour résoudre les difficultés futures.

Il importe donc, d'abord, de reconstituer les rapports juridiques sous leur forme actuelle, telles que les transformations sociales les ont faits, pour en déduire ensuite une méthode objective d'interprétation.

II

Le droit civil dont nous avons montré l'enchevêtrement avec les autres branches du droit positif, subit une transformation constante. Peu nombreuses sont les institutions restées telles quelles, ou disparues depuis le Code.

Par contre, elles reproduisent presque toutes soit

dans leur lettre, soit dans leur esprit, certains caractères anciens, et d'autres nouveaux, contradictoires entre eux. Ces institutions ainsi altérées, il faut les reconstituer pour les montrer sous leur véritable aspect. On dégagera les éléments qui les ont altérées, et on fera ressortir leur caractère hétéroclite qu'on n'aperçoit pas aujourd'hui à cause du vice du système actuel d'enseignement des Codes.

Ces institutions ainsi reconstituées, n'auront pas le caractère de clarté, de fixité et de précision qu'elles avaient sous le Code ; elles apparaîtront avec une physionomie un peu hybride, ce qui, cela va sans dire, ne sera la faute ni du système, ni de l'interprète, mais des changements subis par la législation.

Ce premier principe posé — et il ne peut guère être mis en doute par personne, même par ceux qui sont les plus attachés au texte légal — il nous faut maintenant examiner comment cette reconstitution devra être opérée. Il faut en effet empêcher que, sous prétexte de reconstitution, le juge ou l'interprète ne changent à leur gré le caractère des institutions juridiques. En d'autres termes il faut rechercher les critères et les bases objectives que doit avoir l'interprète pour mener à bien cette tâche.

III

Pour faire cette reconstitution, on devra commencer par une partie générale dans laquelle seraient exposés les bases de la Codification, les principes dont le législateur s'est inspiré, et les divisions de son œuvre. On devra ensuite étudier les principales institutions dont s'occupe le Code et qui, par leur importance, dominent tout le

droit privé, notamment les théories de la personnalité, de la capacité, du patrimoine et de l'acte juridique.

Cette introduction générale aurait une importance capitale dans les études de droit privé (1) dont on comprendrait alors le mécanisme et la véritable portée (2). On poursuivra par l'examen des matières logiquement en relation entre elles mais éparses dans le Code. Cette classification, entièrement différente de celle du Code, aura cet avantage de faire saisir les rapports unissant certaines matières qu'on n'est pas habitué à rapprocher ou qu'on n'analyse même que fragment par fragment, sous prétexte qu'elles appartiennent dans chacune de leurs parties à différentes branches spéciales de droit

On étudiera ainsi dans une construction générale tout ce qui a trait à la propriété, en en montrant les diverses formes, à quelque branche du droit qu'elles appartiennent ; on développerait plus ou moins longuement ce qui a trait à chaque domaine particulier (propriété industrielle, commerciale, littéraire, artistique, etc.) et l'on arriverait enfin à la propriété par excellence : la propriété mobilière et immobilière.

On étudierait, de même, conjointement toutes les institions civiles de crédit envisagées aujourd'hui séparément, en dehors des rapports qui les unissent.

1. Les juristes allemands ne s'en sont jamais désintéressés, même après l'apparition du nouveau Code civil, et ils ont consacré de nombreux ouvrages à cette partie générale du droit. Il n'existe en France jusqu'à présent qu'un seul ouvrage sur la matière. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, Paris (2e édition) 1904.

2 Ainsi se trouveraient taries les discussions sur le meilleur mode de répartition des matières entre les trois années de licence. Elles proviennent de ce qu'on ne saurait étudier certaines institutions sans avoir une vue générale de l'ensemble de toutes les autres. On examine actuellement dans les Facultés de droit le vœu présenté sur ce point par MM. Gasson et Villey au conseil supérieur de l'instruction publique.

On passerait en revue au début de chaque institution, ses différentes phases historiques, mais on laisserait à l'histoire du droit la tâche d'en montrer l'évolution, car ce ne serait que pour en faire comprendre l'importance passée. Puis on ferait la construction juridique de l'institution telle qu'elle a été consacrée par le législateur et par la jurisprudence, en délimitant parfaitement sa portée, et sans que cette construction ait pour but de trancher toutes les difficultés pouvant se présenter, comme l'ont cru à tort tous les auteurs qui se sont attachés à employer ce procédé.

La construction, ainsi faite sans but et sans idée préconçue, ne se prête pas à la critique qu'en fait M. Gény, quand il dit que toute construction implique toujours l'admission du postulat que tout le droit positif est contenu dans la loi écrite (1). Ce procédé, tel que nous l'avons défini, n'est en réalité que le système de l'unification scientifique appliqué au droit, et permet seul d'avoir une idée exacte des institutions, de leur objet, de leur portée et de leur corrélation entre elles.

IV

Le système tel que nous venons jusqu'ici de l'esquisser n'est pas nouveau. C'est celui de Zachariæ, développé par Aubry et Rau et complété par Bufnoir (2).

1. Gény, *op. cit.* n° 25.

2. Le système d'Aubry et Rau prête à la critique en ce sens que sa partie générale est insuffisamment développée. Nous avons nous-même esquissé un programme d'étude du droit civil dans le sens que nous indiquons au texte, et nos collègues de la Faculté de droit de l'Université du Chili en ont pris connaissance; il est inséré à la fin de notre brochure écrite en espagnol. *La réforme des études juridiques et politiques*, Santiago du Chili, 1901. pages 46 à 83.

Mais ces auteurs ont eu le tort de s'être arrêtés au système des constructions juridiques en considérant les institutions comme immobiles, et ne se sont pas attachés à observer les modifications continues qu'elles ont subies, et qui sont leur vie même. C'est là la véritable innovation à introduire dans les études du droit, qui devront être débarrassées de controverses doctrinales sur des questions d'école accaparant aujourd'hui un temps précieux dans les cours généraux. Ce sont là des détails qui formeront la matière des cours spéciaux facultatifs pour ceux qu'intéresseraient ces sortes d'études.

La construction juridique une fois terminée il faut donc s'attacher à observer les modifications plus ou moins directes que lui ont fait subir les phénomènes sociaux et rechercher les points par où se rapprochent ou divergent les diverses branches du droit qui se réfèrent à une même institution ; chaque institution aura ainsi sa véritable physionomie.

Ces sortes de reconstitutions, faites à l'aide de l'observation, qui pour garder son caractère véritablement scientifique doit s'inspirer des sciences sociales, ne sauraient être taxées d'arbitraires ni dépendre nécessairement de la pure appréciation subjective de celui qui les fait. Sans doute elles contiennent une part d'appréciation personnelle : une interprétation des règles légales, fussent-elles les plus précises, n'en comporte-t-elle pas toujours une? Mais elles ne perdent rien de leur valeur puisque leurs éléments, c'est-à-dire les faits sociaux qui les modifient sont des éléments vraiment objectifs. Ne pas étudier de cette manière les institutions sous prétexte que des confusions se produisent, ou qu'on mêle entre elles les diverses branches du droit, équivaut à tronquer ces institutions et à les présenter sous une autre forme que celle qu'elles ont en réalité. Il va

de soi que la société se transformant incessamment, on doit constamment se livrer à nouveau à ces études de reconstitution, en les tenant à jour.

De telles reconstitutions seront précieuses pour les juges, et les juristes seront ainsi fidèles à leur véritable mission qui est d'ouvrir la voie au juge, non de s'engager à sa suite.

V

Nous proposons donc de dégager l'étude du droit des détails, des controverses et des syllogismes qui l'encombrent, pour lui restituer son véritable caractère de science sociale, en examinant les institutions juridiques, non à un moment donné, celui où le législateur les a réglementées, mais dans tout le cours de leur évolution jusqu'à leur état actuel. On se rendra ainsi mieux compte que cette évolution elle-même s'impose par le développement de la civilisation, et que la loi ne saurait résoudre tous les problèmes, surgissant à tous les moments de la vie sociale.

On considérera ainsi les Codes non comme une réglementation entière et définitive de toutes les institutions, mais seulement comme une image de ce qu'elles étaient à une époque déterminée ; ils seront ainsi seulement un point de départ à partir duquel on les verra se développer incessamment.

De telles reconstitutions devront d'ailleurs être complétées par des notions sommaires de législation comparée où l'on juxtaposera les mêmes institutions, sous leurs traits généraux, dans les quatre groupes de pays entre lesquels elles se répartissent naturellement. Cette comparaison dans le cours général, aura uniquement pour but de faire ressortir le caractère relatif de chaque

institution, jamais identique à elle-même dans l'espace comme dans le temps, et de montrer l'idéal législatif qui se dégage de l'étude de ces législations.

Il faut enfin étudier les institutions en les critiquant à l'aide des résultats fournis par les sciences politiques, économiques et sociales, et notamment des données de la statistique, voire même de la médecine légale (1). On doit aussi exposer sur certaines matières les besoins et les desiderata sociaux de certains groupes, notamment des socialistes, aspirations qui ne sont pas simplement passagères, mais permanentes et qui, loin de diminuer, vont au contraire, en s'affirmant tous les jours (2).

(1) Voir au sujet du mariage, BROUARDEL, *Le Mariage*, Paris 1899.
(2). Un ouvrage important à ce point de vue est celui de MENGER, l'*Etat socialiste* (Traduction MILHAUD, Paris 1904).

CHAPITRE IV

DE L'INTERPRÉTATION DU DROIT PRIVÉ

Juristes et juges ont cru, comme nous l'avons dit, qu'une fois la Codification opérée, ils n'avaient plus les mêmes pouvoirs d'interprétation que dans l'ancien droit, ou à l'époque romaine ; qu'ils n'avaient plus d'autre fonction que d'appliquer strictement les textes légaux, et de rechercher l'intention du législateur à propos de nouveaux cas qui se présentaient sans s'occuper de savoir si ces nouveaux cas étaient susceptibles de se prêter à une réglementation de même nature que ceux déjà prévus par le législateur.

Nous avons également constaté, qu'au cours du XIXe siècle, malgré leur respect superstitieux des textes légaux, ils ont tâché, sous couvert d'interprétation, timidement il est vrai, de mettre le droit codifié en harmonie avec les nouvelles exigences de la pratique, en assouplissant, en élargissant et même en créant les règles juridiques.

Nous avons vu enfin que quelques juristes modernes ont désiré réaliser l'accord complet entre le droit codifié et les nouvelles exigences de la vie sociale et se sont fait, en la proclamant hardiment, une tout autre conception de l'interprétation de la loi, estimant que juristes et juges pouvaient faire franchement et ouvertement ce qu'ils

n'accomplissaient aujourd'hui qu'avec timidité et comme à regret.

C'est M. Saleilles qui, avec le plus de hardiesse et avec le plus d'originalité, a creusé cette idée, en tâchant de découvrir les éléments objectifs de cette nouvelle méthode d'interprétation. Il dit, dans un tout récent article, qu'en matière d'interprétation du droit, il faut distinguer deux choses : 1° les conditions de maturité des exigences de fait pour leur transposition en règle du droit ; et 2° le procédé servant à opérer cette transformation. Il estime que le Droit romain est le meilleur modèle qui puisse servir à ce point de vue, non seulement dans le passé, mais même dans le présent (1).

II

Nous avons déjà dit, pour notre part, que la question de l'adaptation du droit aux exigences de la pratique n'est pas résolue, seulement par le fait qu'on conçoit d'une nouvelle façon l'interprétation de la loi. Les institutions juridiques se modifient malgré la codification. Il faut donc d'abord étudier ces modifications pour donner aux rapports juridiques leur véritable caractère. C'est, après avoir étudié ces modifications, ainsi que le mode et le sens de leur évolution, qu'il convient d'en déduire une nouvelle conception du but de l'interprétation et des procédés par lesquels on peut amener à bien cette tâche sans être taxé de subjectivisme.

Nous avons déjà traité le premier point. Le second point, qui se subdivise en deux questions, doit être abordé maintenant.

(1) SALEILLES, « La réforme de la licence en droit, » dans la *Revue Internationale de l'Enseignement* du 15 avril 1904, p. 320-322.

Quelle conception faut-il d'abord avoir à l'avenir du rôle de l'interprète de la loi ?

Il n'est pas possible de suivre, à cet égard, le rôle des jurisconsultes romains, comme le propose encore aujourd'hui M. Saleilles, car l'état politique et social est actuellement tout autre qu'à l'époque romaine. A cette époque, comme, du reste, dans celles antérieures au Code, les rapports juridiques se transformaient lentement et leurs transformations étaient d'ordre analogue, en sorte que les interprètes d'alors ne pouvaient pas avoir d'autre rôle que de développer ou d'assouplir les règles juridiques. Aussi n'avaient ils recours qu'aux procédés logiques introduisant des distinctions subtiles qui déguisaient une évolution plus ou moins lente et cachée.

Aujourd'hui il ne peut plus en être ainsi. Les rapports juridiques changent presque tout avec une rapidité croissante et sont d'une autre nature que les anciens ; nous sommes dans une époque de transition remplie de difficultés et d'incertitudes. Dès lors, l'interprète ne saurait avoir pour rôle de soumettre aux règles du législateur des cas de tout autre nature que les anciens et que le législateur s'il les eût connus, aurait réglementés d'une façon toute autre, mais son rôle doit consister aujourd'hui à *aider ouvertement à l'évolution des institutions dans le sens où les orientent les phénomènes sociaux en mettant en harmonie avec elle les nouveaux cas qui se présentent*.

Cette nouvelle conception du rôle de l'interprétation n'est donc pas arbitraire, mais elle est une résultante de l'étude des phénomènes sociaux et de leur influence sur les rapports juridiques ; elle dérive donc de la vie même de la société, et la méconnaître, c'est méconnaître la vie sociale elle-même.

III

Quelles devront être les procédés de l'interprète dans cette nouvelle conception de son rôle ?

Puisque telle est sa fonction, il ne saurait plus être question de lui imposer des règles plus ou moins précises, mais uniquement de lui apprendre à découvrir le sens dans lequel évolue l'institution et il connaîtra ce sens en tentant de reconstruire chaque institution comme cela a été précédemment indiqué.

Toutes les institutions ne subissant pas une même évolution, il faut d'abord en conclure qu'à l'inverse de ce qui a été fait jusqu'ici et de ce qu'on croit communément, il ne saurait exister de procédé uniforme d'interprétation ; que l'interprète doit avoir recours à des règles différentes selon les divers degrés d'évolution des rapports juridiques.

Il y a, en effet, à considérer dans l'étude générale de l'évolution des institutions : celles qui, au cours du XIXe siècle, n'ont pas ou presque pas changé et qui sont très peu nombreuses ; celles qui ne se sont que partiellement, mais non entièrement modifiées, et qui sont la grande majorité ; celles qui se sont complètement transformées, et enfin celles qui, nées après le Code, ont des caractères différents de institutions qu'il consacre.

La ligne de démarcation entre ces quatre sortes d'institutions n'est pas facile à tracer, mais peu importe ; ce qu'il faut connaître surtout c'est le sens de leur évolution pour y conformer l'interprétation de la loi.

Dans le premier cas, il faut appliquer les règles juridiques telles que le législateur les a édictées, et suivre le

procédé traditionnel d'interprétation, car le fait de n'avoir pas subi de changements, manifeste assez bien que l'institution n'a pas besoin que sa réglementation soit modifiée et que celle que lui a donnée le législateur est suffisante. Mais ce que, même dans ce cas, il ne faut pas perdre de vue, c'est que l'interprète ne doit jamais s'attacher, comme on l'a cru à tort jusqu'ici, à rechercher la volonté du législateur de jadis ; il doit, tout en respectant le texte légal, lui donner le sens qui est le plus conforme aux exigences sociales actuelles.

Dans le deuxième cas, il faut interpréter le droit, non plus conformément aux anciennes règles ni à l'esprit général de l'ancienne législation, mais selon la *nouvelle tendance* qui se manifeste dans l'institution, tendance qui n'est pas difficile à découvrir car elle est suffisamment révélée par les faits qui la modifient. C'est ainsi, par exemple, que dans les questions relatives à la puissance paternelle ou maritale, les difficultés doivent se résoudre dans le sens le plus favorable à la liberté ou à l'indépendance juridique et économique de la femme, ou du fils de famille, car c'est dans ce sens qu'évolue la société moderne.

Pour bien apercevoir le sens dans lequel évolue une institution, il faut s'attacher aux caractères généraux que nous avons reconnus aux lois modernes, car c'est dans ce sens que s'oriente la marche générale des institutions. Il faut, en outre, consulter les résultats de la législation comparée sur la matière, car tous les pays voient se produire aujourd'hui les mêmes phénomènes et on tend partout à leur donner la même solution.

Dans le troisième cas, dont le contrat de travail est l'exemple le plus typique, ainsi que dans le dernier, il faut interpréter les rapports juridiques conformément à leur nouvelle nature et à leur but, et non selon les prin-

cipes généraux du droit civil comme malheureusement on l'a fait jusqu'ici (1).

IV

Le procédé d'interprétation que nous venons d'indiquer n'a ni la fixité ni la précision des règles traditionnelles ; mais c'est un résultat dont il y a lieu de se féliciter, puisque cette fixité et cette précision ne peuvent être obtenues qu'au détriment de l'harmonie qui doit toujours exister entre une règle juridique et le besoin social qu'elle doit satisfaire. Quoique moins clair et moins précis que le procédé traditionnel, il a, d'ailleurs, un caractère suffisamment objectif et, tout en empêchant les abus d'interprétation, il est assez souple pour permettre de modifier insensiblement les rapports juridiques en les adaptant constamment au développement normal des institutions.

On ne saurait objecter que la méthode proposée ne trouve aucun appui dans la loi et n'a d'autre but que de substituer aux règles du Code des solutions d'équité, inspirées par des appréciations individuelles. Au con-

(1) Un exemple bien typique, permettant de montrer les inconvénients qui peuvent résulter de l'adoption d'un autre système que celui que nous posons, nous est fourni par l'interprétation que les tribunaux et, notamment la Cour de cassation, ont donnée de la loi du 27 décembre 1890, qui a complété l'article 1780 du Code civil. Le but poursuivi par cette loi était de s'opposer à ce que le patron pût brusquement donner congé à l'ouvrier. Au lieu de s'inspirer de cette idée, la Cour de cassation a longtemps admis, conformément aux règles générales du droit civil, que le patron peut, dans son règlement d'atelier, déroger à cette règle et priver de son droit à indemnité l'ouvrier brusquement renvoyé qui, par le seul fait de son entrée dans l'usine, était censé avoir accepté cette clause. La Cour a donc appliqué à un principe nouveau ayant pour but d'apporter une limitation à la liberté des contrats, les anciennes règles générales des contrats.

traire, elle puise sa raison d'être, comme nous l'avons démontré, dans les transformations mêmes de la vie juridique et n'a d'autre but que de suivre ces transformations ; ses fondements sont donc objectifs et aboutissent véritablement à réaliser la justice sociale, sans nullement troubler ni bouleverser les rapports juridiques.

CHAPITRE V

DE L'ÉTUDE DE LA LÉGISLATION COMPARÉE

I

L'étude des institutions étrangères remonte à une époque ancienne : les philosophes du XVIIIe siècle s'y adonnaient déjà et Montesquieu lui a réservé une grande place dans ses travaux. Aussi le droit public, issu de la Révolution, s'est-il ressenti de cette influence.

Ce genre d'études s'est poursuivi au XIXe siècle, mais on a surtout fait l'histoire des institutions, ou on s'est exclusivement occupé de celles des peuples de civilisation orientale. Summer-Maine, en Angleterre, Laboulaye, Dareste et Gide, en France, Kohler, Ihering et Savigny, en Allemagne, pour ne citer que les plus connus, ont révélé de nouveaux aspects de la vie juridique et pourtant sociale des civilisations séparées de nous par le temps ou l'espace.

Depuis vingt-cinq ans, ce genre d'études a élargi son objet et a porté sur les législations actuelles des divers pays de civilisation occidentale. Aux études d'histoire des institutions anciennes ou d'institutions de peuples de civilisation différente, se sont donc ajoutées celles de législation comparée, aujourd'hui florissantes dans la majorité des pays (1).

(1) Cf. A titre d'exemple des ouvrages les plus anciens sur le droit comparé général. C.-F. GABBA, *Introduction aux études de législa-*

II

On n'est pas encore d'accord sur le but de la législation comparée. Il y a lieu d'examiner ici successivement les dissidences qui se sont produites à ce sujet 1).

Ces dissidences pouvent être classées en deux catégories : les unes font de la législation comparée un art, les autres croient qu'elle est une science. Les premières sont au nombre de quatre.

Pour les uns ces études n'ont pas d'autre objet que d'initier celui qui s'y consacre à la connaissance des législations étrangères ; elles auraient ainsi une valeur scientifique et aboutiraient pratiquement à faciliter la tâche de l'interprète pour la solution des conflits de droit international privé.

Pour d'autres, elles serviraient simplement à vivifier et à moderniser l'étude du droit privé d'un pays : c'est à ce point de vue qu'on s'est placé en créant en France, dans l'enseignement du droit, des cours facultatifs de droit civil approfondi et comparé.

Pour d'autres encore, elles sont indispensables pour préparer l'élaboration du droit interne, en donnant au

tion comparée (Milan, 1862) ; Gumercindo de Azcarate, *Essai d'une introduction à l'étude de la législation comparée* (Madrid, 1874), De Filippis, *Cours complet de droit civil comparé* (Naples, 1881, 10 vol.). L'ouvrage français de Saint-Joseph, intitulé : *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon* (2e édit., 4 vol., 1856), ne mérite à aucun titre d'être rangé parmi les ouvrages de droit comparé.

(1) Le Congrès de législation comparée, qui s'est tenu à Paris en 1900, s'est proposé de parvenir à une entente sur cette question dans les diverses branches du droit. Les travaux présentés sur le droit civil comparé attestent la très grande diversité des points de vue sur cet important sujet.

législateur une direction pour accomplir les réformes de l'avenir.

M. Lambert a présenté une autre théorie que nous avons déjà signalée. Selon lui, les études de législation civile comparée ont un but d'une importance toute particulière : elles serviraient à dégager des différentes législations étudiées *le droit commun législatif*, qui aurait un double objet : d'une part, ce droit commun réagirait constamment sur les divers droits dont il est extrait et servirait à les interpréter, en orientant la jurisprudence et en inspirant des réformes législatives ; d'autre part, principalement il tendrait à unifier le droit privé dans tous les pays, ou tout au moins à diminuer d'une manière toujours croissante des diversités législatives accidentelles.

Parmi les diverses conceptions de la deuxième catégorie, il y en a trois à considérer.

M. Roguin estime que le droit comparé est une science qui doit étudier et rapprocher les législations des divers pays dans un ordre systématique pour faire ressortir les ressemblances ou les différences de solutions données par les divers pays aux diverses questions nées de la vie sociale (1).

M. Tarde ne considère pas, lui, cette science au point de vue des buts pratiques qu'elle peut poursuivre ; elle a un but scientifique : celui d'élaborer une classification naturelle des divers types juridiques, en permettant d'y faire rentrer toutes les législations, et de suivre l'évolution de chacun d'eux. Il conseille d'élaborer une classification des divers types législatifs de même qu'il existe des classifications dans les autres branches du savoir humain : la botanique, zoologie, minéralogie, anthropo-

(1) Roguin, *Traité de droit civil comparé. Le mariage*. Paris 1904. Préface.

logie, linguistique, religions, etc. Cette étude servira pour aider à la formation de la sociologie (1).

M. Saleilles considère la législation comparée à la fois comme science principale et comme science auxiliaire. Envisagée sous le premier aspect elle se propose d'abord d'étudier les diverses législations au point de vue social, c'est-à-dire en les regardant fonctionner et en rapprochant les résultats ; en second lieu, elle doit tendre à rapprocher, sous forme de groupes constitués par leurs similitudes organiques, les constructions juridiques et pratiques qui ressortent de l'étude séparée des législations ; et enfin elle doit, sous forme de conclusion, dégager le ou les types juridiques résultant de cette critique comparative et destinée à servir d'objectif à l'orientation progressive des législations particulières, sous réserve faite du maintien des formules traditionnelles et des diversités historiques qui les séparent. La législation comparée nous donne donc un idéal relatif à chaque institution qu'on étudie, sans se préoccuper de l'opportunité de l'introduire dans tel ou tel pays ; c'est là l'objet de ce qu'on appelle la politique juridique. Considéré comme science auxiliaire, le droit comparé doit aider au développement progressif du droit national en proposant un but positif, soit à l'évolution législative, soit aux constructions doctrinales, soit à l'interprétation jurisprudentielle, pour leur permettre de se rapprocher autant que possible du type idéal, et les faire ainsi aboutir à édifier un droit commun de l'humanité civilisée (2).

(1) Tarde, *Le droit comparé et la sociologie*, dans le *Bulletin de la Société de Législation comparée*, année 1900, pp. 529-537.

(2) Saleilles, *Conception et objet de la science du droit comparé*, rapport présenté au Congrès international de droit comparé de 1900 dans le *Bulletin de la Société de Legislation comparée*, année 1900, pp. 383-405.

III

En indiquant le but qu'à notre sens on doit proposer aux études de législation comparée, nous critiquerons par là même les diverses conceptions en vertu desquelles on fait de ce droit une science.

Pour ce qui est des trois premiers systèmes qui considèrent la législation comparée comme un art, nous renverrons simplement le lecteur à l'excellente critique qu'en a faite M. Lambert dans un ouvrage considérable que nous avons précédemment cité (1).

Le système de M Lambert lui-même nous paraît aussi étroit que les précédents, réfutés par l'auteur. Celui ci commence par se faire une très haute idée du droit comparé qu'il appelle une science (2) et il finit par le réduire au rôle d'art (3) qui consisterait principalement, selon lui, à extraire des divers droits étudiés le droit commun législatif.

Cette conception n'est pas nouvelle ; elle a été préconisée par M. Saleilles qui n'a pas considéré, il est vrai, que c'était là l'objet unique de la législation comparé, mais seulement un objet secondaire, et sur ce point sa théorie ne soulève pas d'objection (4). Celle de M. Lambert, au contraire, est inacceptable, car elle rétrécit l'objet de notre science.

D'autre part, il faut remarquer que l'unité du droit ne viendra pas, comme le prétend M. Lambert, de l'étude comparative du droit, mais d'autres causes plus profondes (5).

(1) Lambert, *op. cit*, pp. 8-107.
(2) Lambert, *op. cit.*, p. 7.
(3) Lambert, *op. cit.*, p. 916 à 918 ; et 922 à 924.
(4) Saleilles, rapport précédemment cité, p. 397.
(5) Cette unification sera-t-elle un jour complète et absolue ? On

Le deuxième but que donne M. Lambert au droit commun législatif, et qui est de faciliter l'interpré-

admet généralement que non et la majorité des auteurs croit qu'elle n'est ni possible ni désirable, car, elle compromettrait, dit-on, le caractère original des institutions de chaque pays. D'autres, et notamment M. Lambert, qui donnent tant d'importance à l'étude de la législation comparée pour atteindre l'unification, croient cependant que si l'unité absolue de la législation est désirable, elle n'est pas possible (*op. cit.*, p. 907, 908). D'autres, enfin, parmi lesquels il faut compter M. Huc, *Le Code civil italien et le Code Napoléon; études de législation comparée*, 2e édit.; Paris, 1868, t. I, préface), croient que l'unité de législation est possible et désirable; pour lui la promulgation du Code Napoléon a été un grand pas dans cette voie et l'unité sera obtenue le jour où les autres nations auront imité le Code Napoléon et où des conventions internationales, suffisamment nombreuses, auront été conclues.

Pour ma part, je crois qu'une distinction s'impose en cette matière. L'unité de législation entre pays de même race, notamment de race latine, est un fait presque accompli, puisque toutes ont, comme nous l'avons dit, suivi de près le Code Napoléon; les différences essentielles, qui les séparaient au sujet du mariage civil et du divorce, tendent à disparaître de plus en plus; actuellement elles ne diffèrent que sur des détails, non sur des questions de fond.

Quant à l'unité entre les divers groupes de législation, elle est bien plus difficile à réaliser, car il y a entre eux de grandes différences qui tiennent à leur histoire et à leur caractère national. Mais on irait trop loin en disant que l'unification est à jamais impossible. La caractéristique de l'évolution des sociétés modernes est que précisément elles se détachent de leur histoire et de leur particularisme. Tous les pays subissent aujourd'hui l'influence de phénomènes nouveaux qui ont un caractère universel, qui produisent les mêmes effets, et auxquels on s'efforce partout de donner des solutions identiques, quoique les institutions politiques, sociales et religieuses des divers peuples soient profondément différentes. Il en est surtout ainsi pour les lois commerciales : en cette matière les lois de la Turquie et du Japon sont empruntées à celles des peuples d'Occident. C'est là le fait qui explique précisément l'essor des études de législation comparée. D'autre part, les Etats se rapprochent toujours de plus en plus : les rapports juridiques tendent ainsi à avoir, comme nous l'avons dit, un caractère international et une réglementation conforme à ce caractère. Le droit civil tend au moins dans ses grandes lignes à se confondre avec le droit international privé, ou plutôt celui-ci ne sera qu'un nouvel aspect du droit civil, car à l'avenir il doit se préoccuper d'édicter une réglementation unique pour les rapports juridiques de caractère international; par la même il va devenir le

tation de la législation de tous les pays, est exact, mais, comme nous l'avons déjà remarqué, si c'est là un des éléments les plus importants à prendre en considération, à ce sujet, ce n'est pas l'unique.

IV

Quel est donc le véritable but de la législation comparée et quelle est sa véritable méthode ?

Son but est de donner avec l'histoire du droit, à laquelle elle est intimement liée, et avec les conclusions qui se dégagent de l'étude d'ensemble des divers phénomènes que nous avons précédemment indiqué, la véritable philosophie des institutions, ou plutôt de construire la véritable science juridique. Cette science aura le même but et jouera le même rôle qu'a eu et a encore aujourd'hui le droit naturel ou la philosophie du droit sous son aspect métaphysique. Nous nous en occuperons dans le chapitre suivant.

plus puissant moyen pratique de l'unification du droit. Ces deux circonstances tendent à faire perdre aux législations nationales leurs caractéristiques et à effacer toutes distinctions entre les quatre groupes de législations. Ainsi il n'est pas téméraire de dire que, de même que l'isolement passé des Etats, a donné à leur législation ses caractères propres et historiques, de même leur croissant rapprochement, et l'universalité des phénomènes auxquels ils sont soumis à l'époque contemporaine tend à produire, dans un avenir plus ou moins éloigné, l'unité de législation.

Cette unité ne se réalisera pas également dans tous les domaines. Elle a déjà commencé à se produire et elle sera bientôt réalisée dans les matières sur lesquelles les phénomènes sociaux exercent le plus particulièrement leur influence et où le rapprochement entre Etats est le plus accentué, notamment dans le droit commercial, et pour le droit civil dans le droit de la propriété, des obligations et des choses. Il en est autrement pour le droit de famille, où même sur certains points se dessine déjà une tendance à l'unité, notamment en ce qui concerne le mariage civil, divorce, etc.

Le droit comparé doit être, du consentement unanime des juristes, étudié d'après la méthode d'observation. Mais, l'accord cesse quand il s'agit de savoir comment doit se pratiquer cette observation. La tendance qui malheureusement a dominé jusqu'ici c'est de recourir au même dogmatisme que celui dont on fait usage pour étudier le Code. Une telle méthode ne saurait faire produire au droit comparé tous ses avantages.

La véritable méthode, à notre sens, n'est pas autre que celle que nous avons reconnue valable pour l'étude de l'histoire des institutions, dont la législation comparée n'est qu'une continuation (1).

M. Flach l'a très bien vu et l'a fait ressortir. C'est lui le premier qui l'a pratiquée dans le cours de législation civile comparée, qu'il professe depuis plus de vingt-cinq ans à l'Ecole libre des sciences politiques (sur le droit de famille et le droit de propriété), et elle a été préconisée à sa suite par les juristes les plus distingués (2).

Le droit comparé doit, en effet, être intimement lié à l'histoire des institutions juridiques qu'il ne fait que continuer, en reprenant ces mêmes institutions au point précis où l'histoire les laisse. On doit donc observer et analyser là comme ici les rapports des institutions juridiques avec l'organisation politique, économique et sociale du pays où elles sont nées et examiner leur compénétration réciproque, si attrayante et si instructive.

Les institutions doivent donc être étudiées dans le

(1) M. Lambert, qui réduit le droit comparé à n'être qu'un art, estime conséquemment à cette opinion, tout en reconnaissant l'appui prêté à cette science par l'histoire du droit, qu'elle ne doit pas avoir la même méthode. Cf. Lambert, *op. cit.*, p. 913 à 926.

(2) Bufnoir dans le *Bulletin de la Société de Législation comparée*, année 1890, p. 66. Cf. Saleilles, rapport déjà cité p. 395.

milieu dans lequel elles se développent, autrement elles ne pourront être comprises, et l'on n'aboutira qu'à des travaux d'érudition ou de mémoire. Il est impossible, par exemple, de bien comprendre la législation agraire de l'Angleterre, de l'Allemagne ou de la Russie, si on ne connaît pas toute l'influence exercée par la grande propriété sur la politique intérieure et extérieure de ces pays.

V

L'étude de la législation comparée, comme celle de l'histoire de droit, doit commencer par celle des principes fondamentaux des institutions juridiques dans les quatre groupes de législations antérieurement signalées. On examinera leurs rapports avec le milieu où elles se sont développées, les modifications qu'elles ont pu subir dans chaque groupe, selon la diversité ou l'identité des influences auxquelles elles étaient soumises, et les changements de législation ou de jurisprudence qui ont pu se produire pour ce motif. Cette étude générale servira à bien faire connaître la nature des institutions qu'on se propose d'étudier après.

On reprendra ensuite, avec plus de détails, les institutions de chacun des divers groupes de pays, en les comparant entre elles, et en rapprochant leurs résultats. On se rendra ainsi compte s'il y a dans ces diverses législations une certaine tendance à l'unité par le fait même de l'identité des phénomènes dont elles sont la résultante ou si, au contraire, elles sont encore sensiblement divergentes. Dans ce dernier cas, on se demandera pourquoi, et si les causes de ce désaccord n'apparaissent pas comme irréductibles, on recherchera la solution qui

a déjà obtenu ou semble obtenir l'assentiment des principaux Etats (1).

(1) C'est, selon cette méthode et avec cette idée du droit comparé, que nous avons écrit notre thèse de doctorat sur l'*Influence des phénomènes politiques, économiques et sociaux, sur l'organisation de la famille moderne*, et que nous professons depuis 1900 à la Faculté de Droit de l'Université du Chili, notre cours de législation civile comparée.

CHAPITRE VI

LA SCIENCE JURIDIQUE. SA VÉRITABLE BASE. SON BUT

I

La science juridique n'a pas encore d'assise positive et c'est ce qui explique le discrédit dans lequel elle est demeurée. Elle n'a eu jusqu'ici qu'un soubassement métaphysique, connu sous le nom de *droit naturel* ou de *philosophie du droit*. Nous avons dit quelle avait été l'influence de cette conception sur les bases et les principes de la codification, sur l'interprétation de la loi et sur l'esprit juridique en général.

Les progrès de la méthode d'observation dans les sciences de la nature, a entraîné une réaction contre cette tendance métaphysique. On a voulu constituer la science juridique selon la même méthode et conformément aux résultats des dites sciences, notamment de la biologie et de l'anthropologie, et on a voulu même l'orienter dans le sens de la théorie évolutionniste. Toutes ces tendances se sont développées dans une école qui compte de nombreux adeptes, surtout en Italie (1).

(1) Entre autres Cimbali, « La nouvelle phase du droit civil » ; D'Aguanno, « La réforme intégrale de la législation civile », notamment chap. VI ; Chironi, « Sociologie et droit civil », Saint-Marc, « Droit et sociologie », dans la *Revue critique de législation* 1888, page 59.

Cette école n'est pas arrivée à des résultats suffisamment précis, car son fondement lui-même ne l'est pas. D'autres veulent lui donner pour unique point de départ les données de l'histoire des institutions. C'est là une base insuffisante.

La science juridique ne peut, à vrai dire, se fonder que sur l'observation judicieuse des institutions à travers le temps et l'espace, et de l'influence exercée sur elles par les phénomènes ambiants. Ce n'est qu à cette seule condition que sera véritablement comprise la vie juridique, c'est-à-dire l'enchaînement des institutions, leurs modifications successives, les relations de cause à effet qui les relient, leur loi directrice. La science juridique sera alors une science sociale et elle devra être le couronnement des études juridiques parce qu'elle en sera leur synthèse, au lieu d'en être l'introduction comme aujourd'hui.

II

La science juridique, édifiée sur cette base, ou les résultats de l'histoire du droit et de la législation comparée pour ceux qui n'aiment pas l'expression de science juridique, est appelée, avons-nous dit, à se substituer au droit naturel et à exercer l'influence scientifique et pratique qu'il a eue et a encore aujourd'hui.

Elle sera une véritable philosophie, en ce sens qu'elle aboutira à la connaissance des choses ; elle jettera un nouveau jour sur l'importante question du fondement philosophique et du but du droit qui a tant préoccupé les philosophes depuis des siècles. Ce fondement et ce but cesseront d'apparaître comme absolus et invariables, ainsi que le pensaient les juristes métaphysiciens ; ils ne

seront pas davantage déduits des conceptions doctrinales indépendantes de l'histoire, comme le veulent certains philosophes (1), ils apparaîtront, au contraire, comme essentiellement relatifs et seront une résultante de la situation politique et sociale de chaque époque. Le but assigné au droit à l'époque du Code était de garantir la liberté et l'égalité ; maintenant que ce double but est atteint et que les conditions sociales sont changées, le droit apparaît comme devant réaliser la fraternité entre les hommes et établir entre eux des rapports de solidarité.

III

La nouvelle science juridique fournira ainsi un véritable idéal juridique. La philosophie métaphysique du droit a discrédité entièrement l'idéal juridique à un tel point que l'expression même de philosophie du droit est devenue synonyme d'entité irréalisable et absurde. L'idéal de la nouvelle science juridique sera tout autre. Elle ne proposera pas pour modèle une législation invariable et uniforme, mais un ou plusieurs types d'institutions qui représenteront pour les pays où elles sont encore inconnues, un idéal de justice facile à réaliser ; on provoquera ainsi dans ces pays un mouvement d'autant plus intense en faveur des réformes opportunes à obtenir que déjà ailleurs se sont produits des phénomènes analogues qui ont suscité une nouvelle législation.

L'idéal juridique, que proposera la nouvelle science, n'aura pas un caractère abstrait et absolu comme jadis,

(1) Notamment Fouillée, *L'idée moderne du droit*, 4e édit. Paris, 1897, livre I, p. 1.

mais positif et relatif, dépendant du temps et de l'espace ; il sera toujours susceptible de s'épurer au fur et à mesure qu'on l'atteindra.

Ainsi ressuscitera sous son véritable aspect *la science de l'idéal social*, comme elle est appelée par certains sociologues qui en comprennent la nécessité mais ne savent par quel moyen et à l'aide de quelle méthode la fonder (1).

IV

Un autre but de la science juridique, en intime rapport avec l'antérieur, sera de mettre en lumière le côté international des rapports juridiques et sa meilleure réglementation.

Nous avons vu que les rapports juridiques tendent à revêtir un caractère international et par suite à s'unifier ; d'où une nouvelle phase pour le droit civil et pour le droit international privé qui tendent ainsi à se confondre.

La science juridique indiquera au droit civil quels sont les rapports qui ont un caractère international et au droit international privé quelle est la réglementation qui convient le mieux à ces rapports.

Et qu'on ne dise pas que les juristes et les juges, en concourant à l'élaboration de cette nouvelle phase du droit international privé, sortent de leur rôle ; ils n'en sortent pas plus qu'ils n'auront à en sortir pour remplir la nouvelle mission qui leur confère l'interprétation des textes juridiques ; dans l'un et l'autre cas ils la tiennent de la nature même des rapports juridiques.

(1) Cf. Georges Renard, « La méthode d'étude de la question sociale », dans la *Revue socialiste* du 15 janvier 1897. Cf. *Le régime socialiste*, 4e édit., Paris, 1904. Appendice.

Aujourd'hui le juge, quel que soit son respect pour le texte légal, ne méconnaît-il pas, en résolvant certains conflits de droit international privé, les lois nationales pour donner effet aux lois étrangères et cela sans qu'un texte légal exprès l'oblige à agir ainsi ? A plus forte raison en doit-il être ainsi quand il s'agit d'élaborer les règles futures de ce droit.

La science juridique sera donc la base la plus sûre de la formation et du développement de cette nouvelle phase du droit international privé.

V

La science juridique fournira aussi une orientation précise au législateur, à l'interprète et au juge.

Au législateur, elle montre le ou les divers types de législation existant ailleurs, en lui en indiquant les avantages et les inconvénients. Il y a là comme une expérience anticipée dont la législation de tel pays déterminé pourra profiter. Mais ce n'est pas à dire que le législateur devra consacrer tel quel le type de législation qui lui est fourni ; il devra encore l'adapter, s'il le juge nécessaire, et si l'unité de législation n'est pas encore possible, à l'état politique et social de son pays et à la nation pour laquelle il légifère.

En donnant au législateur le moyen de réaliser progressivement son idéal social sans secousse violente, la science juridique moderne apparaît comme bien différente de l'ancienne qui ne se préoccupait pas d'indiquer les moyens à l'aide desquels on devait réaliser l'idéal, et de la conception révolutionnaire, qui ne fait appel qu'à des moyens violents.

L'interprète et le juge reçoivent aussi une assistance précieuse de la nouvelle science, qui les guide dans

l'application de la loi nationale, quand celle-ci est empruntée ou imitée des législations des autres Etats ; si dans le pays il n'y a pas encore de loi sur la matière, les résultats de notre science sont précieux pour préparer et diriger l'évolution jurisprudentielle, car ils sont, comme nous l'avons dit, le plus sûr moyen de connaître le sens dans lequel les transformations sociales font évoluer les institutions. L'interprète et le juge trouveront donc, dans de tels résultats, le véritable esprit de la législation, qui n'est pas, à vrai dire, autre chose que les nouvelles tendances générales qui se manifestent dans les institutions. Cet esprit est utile à connaître si l'on veut orienter, en tant que les anciens textes de la loi le permettent, l'interprétation juridique. La jurisprudence peut ainsi, en pleine connaissance de cause, s'engager résolument dans la route tracée par la science juridique et préparer au législateur la voie des réformes à opérer.

Signalons enfin d'autres objets non moins importants de cette nouvelle science. Elle formera d'abord un nouveau critère juridique à base essentiellement positive et non d'aspect métaphysique comme est celui d'aujourd'hui. Elle contribuera enfin à l'élaboration de la véritable sociologie restée jusqu'ici dans l'empirisme, et incapable de se dégager des pures spéculations métaphysiques, principalement parce que la science juridique, qui est son plus sûr appui, n'a pas encore été constituée sur sa véritable base.

QUATRIÈME PARTIE

L'AVENIR DE LA CODIFICATION

CHAPITRE I

BASES DE LA CODIFICATION A VENIR

I

Nous avons maintenant à nous demander en quels termes se pose le problème de la codification à venir, dans les pays où elle a été adoptée.

En France, comme d'ailleurs dans tous les pays de droit codifié, on croit qu'il ne s'agit que d'une revision plus ou moins complète des Codes, quitte, si cette revision était décidée, à se demander sur quels principes l'opérer. Même ainsi envisagée, l'idée d'une refonte totale a des partisans en Italie, mais très peu en France ; non qu'on juge une telle tâche impossible, mais parce qu'on s'imagine qu'il convient de laisser à la jurisprudence le soin de mettre le droit en harmonie avec la vie sociale, ou encore qu'on estime que le Code actuel suffit aux besoins de la pratique et qu'une revision n'aurait dès lors d'autre but que d'y faire rentrer les lois nouvelles votées depuis la promulgation du Code. C'est

cette dernière idée qu'exprime un récent ouvrage de droit civil destiné à l'enseignement (1).

Nos précédents développements suffisent, à notre avis, à écarter cette manière de voir et le problème de la codification future se pose maintenant dans toute sa complexité, infiniment délicat à résoudre.

Proclamerons nous la faillite de la codification, et préconiserons nous un système identique à celui de l'Angleterre, qui, comme on l'a vu, n'a pas les mêmes inconvénients ?

A première vue on pourrait être d'autant plus tenté de répondre par l'affirmative, que l'enchevêtrement et la mobilité des relations juridiques rendent de plus en plus difficile le travail de la codification. C'est même là le motif qu'on fait valoir pour décourager de la tenter dans le domaine du droit administratif. En pareille matière, elle est, dit-on, non seulement impossible, mais il y a tout avantage à ce qu'elle n'existe pas : non codifié, ce droit s'inspire plus aisément de l'utilité générale. C'est un droit d'équité, a-t-on dit, en le comparant au droit anglais (2). On allègue, en outre, que le juge peut ainsi plus aisément étendre, assouplir ou même créer les règles juridiques ; c'est même ce qui a fait qualifier la jurisprudence du Conseil d'Etat de quasi prétorienne ou semi-prétorienne (3).

Ces considérations jugées généralement décisives en matière de droit administratif paraissent ne pas devoir l'être moins, quand il s'agit de droit civil. Mais ce serait trop se hâter de résoudre dans ce sens le problème.

(1) Surville, *Eléments d'un cours de droit civil français*, Paris 1904, t. I, nº 78.

(2) Hauriou, *Précis de droit administratif*, 5e édition, Paris 1903, pp. X-XI.

(3) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux*, 2e édition, Paris, 1896, tome II, p. 411.

En dépit de ses inconvénients et des difficultés qu'elle offre, la codification a de sérieux avantages qu'il importe de sauvegarder. Une solution purement négative serait donc extrême et il vaut mieux s'efforcer d'imaginer un système de codification dont les bases permettent au droit privé de s'adapter aux transformations de la vie sociale, sans les entraver ni les pallier, mais qui confère également aux relations juridiques la même sécurité que la réglementation du Code.

C'est là la question qui va d'abord nous occuper avant toute autre ; nous verrons ensuite les principes dont devra s'inspirer la nouvelle codification, et la méthode la plus apte à nous permettre de mener à bien cette œuvre.

II

On ne demande guère sur quelles bases établir la codification future pour éviter les inconvénients dans lesquels est tombée la codification actuelle. C'est cependant là une question d'importance capitale. Il est nécessaire d'examiner une à une, en en faisant la critique, les bases de la codification actuelle. On jugera ainsi celles qu'il faut maintenir ou écarter.

Sur ce problème des bases de la codification future, il n'y a, à notre connaissance, à signaler comme point d'étude que deux théories et deux faits. Ceux-ci sont le Code civil espagnol et le Code civil allemand.

Une première théorie à signaler est celle des juristes français dont nous nous sommes déjà occupé.

Selon eux les inconvénients de la codification actuelle seraient uniquement dus à ce qu'elle tarit toute autre source de droit que la loi, notamment la coutume et la jurisprudence ; il faudrait donc modifier les bases de la

codification en ce sens que chacune d'elles serait désormais une source de droit.

Mais sans nous attarder sur une théorie que nous avons précédemment discutée, remarquons que ces auteurs, sans peut-être s'en douter, reviennent par un détour au système de l'ancien droit français ou à celui du droit anglais actuel, dont nous tenons précisément à éviter les inconvénients.

Une autre théorie est celle d'un juriste suisse, M. Roguin, qui part de toutes les bases traditionnelles et pense surtout qu'il doit y avoir une séparation absolue entre les pouvoirs législatif et judiciaire, le premier seul doit avoir le pouvoir de faire la loi et le second doit se limiter à l'appliquer strictement et conformément aux vues du législateur, sans que le juge et l'interprète doivent avoir d'autre préoccupation.

Comment pense t-il alors maintenir le droit codifié en harmonie constante avec la vie sociale? Il n'admet pas un retour au droit coutumier; il ne veut pas davantage confier le soin de l'amélioration progressive du droit à la jurisprudence et à la science ; il se refuse également à ce qu'on édicte des lois partielles au fur et à mesure que les besoins s'en feraient sentir. Il conclut que le « seul moyen possible, rationnel, et n'ayant aucun inconvénient, de parer aux dangers de l'immobilisation, de l'ossification du droit civil, est de *réformer périodiquement la codification dans son ensemble* » (1).

A cet effet, il propose d'insérer dans la Constitution des Etats que, tous les vingt-cinq ans, par exemple, ait lieu une revision générale du Code civil et que les corps législatifs soient *légalement* obligés d'ouvrir un débat sur le Code tout entier, qui devrait être revisé dans

(1) Roguin, *Observations sur la codification des lois civiles*, Lausanne, 1896, pp. 77-98.

son ensemble. Le pouvoir législatif ne serait pas obligé de modifier à chaque revision le contexte de la loi, il ne le ferait que si la nécessité lui en paraissait évidente. Au bout de chaque période de 25 ans, une nouvelle édition de la loi serait publiée, les juristes et le public auraient par ce moyen une législation d'ensemble à consulter et à appliquer sans être obligés d'avoir recours à aucun texte antérieur ; il y aurait ainsi *novation législative absolue*.

En somme, ce que propose M. Roguin en cette matière, et lui-même le reconnaît expressément, c'est un système imité de celui qui existe en Russie (1). Il s'inspire aussi du système établi par le Code civil espagnol de 1889, dont nous reparlerons plus loin. M. Roguin complète ce système en proposant de constituer un *corps spécial*, auquel incomberait le droit et le devoir de préparer et de proposer des réformes aux Chambres qui auraient seules le droit de les voter (2).

Pour ce qui est de l'expression même de la volonté du législateur, M. Roguin n'est pas pour le principe de la concision des lois ; il veut au contraire qu'elles aient un certain développement ; elles doivent résoudre expressément les questions spéciales qui peuvent naître, sans pour cela se priver d'édicter aussi des règles abstraites ; l'œuvre législative doit donc être à la fois systématique et particulariste.

Le progrès consiste donc, à ses yeux, dans l'augmentation du nombre des dispositions du Code et dans l'existence combinée de règles générales et de règles particulières. Mais un tel procédé est loin encore de conduire à la perfection qui consisterait en « un Code résolvant aisé-

(1) Voyez sur ce système, Korkounov, *op. cit.*, livre IV, chap. II, pp. 474-510.

(2) Roguin, *op. cit.*, pp. 98-104.

ment toutes les difficultés ». Pour s'en approcher autant que possible, M. Roguin propose, à côté d'un Code conçu de la façon que nous venons d'indiquer « un commentaire officiel, voté par le pouvoir législatif en même temps que le Code, faisant corps avec lui, et ayant exactement la même force obligatoire ». Ce travail serait effectué soit par une commission du corps législatif, soit par un Conseil d'Etat ou autre corps analogue. En même temps que ce commentaire on devrait ajouter au Code un dictionnaire explicatif de tous les termes dont il se sert et qui serait adopté officiellement en même temps que le commentaire. M. Roguin trouve dans le droit international un précédent à l'appui de son idée d'un commentaire officiel de la loi. Il cite la convention franco-suisse de 1869 sur la compétence et l'exécution des jugements en matière civile, convention qui est accompagné d'un protocole explicatif ayant la même force que le traité lui-même (1).

M. Roguin lui-même résume comme suit ses idées sur la matière : « La loi doit être l'œuvre du seul législateur. Elle doit chercher à résoudre toutes les difficultés aperçues. Elle est à interpréter en tenant exclusivement compte de la volonté de son auteur. La forme doit en être logique, claire, la langue précise et invariable » (2).

Comme on le voit, les idées de M. Roguin peuvent se réduire à deux : il cherche à toujours maintenir le Code, au moyen de revisions périodiques, en harmonie avec les exigences sociales, et à rendre toujours manifeste la volonté du législateur. Il veut donc que toutes

(1) On pourrait citer, en outre, et avec plus de raison, la convention du 20 mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle et la convention du 9 septembre 1886 pour la protection de la propriété littéraire et artistique (protocole de clôture).

(2) Roguin, *op. cit.*, p. 133.

les difficultés soient résolues soit dans le Code, soit dans le commentaire officiel ; le juge n'aurait à ce compte qu'un rôle, peut-être plus mécanique encore que sous le régime actuel, car il en serait réduit à appliquer, à propos de chaque cas, strictement la volonté du législateur.

Des idées fondamentales de M. Roguin, l'une, celle de revisions périodiques, est acceptable et même nécessaire ; l'autre, celle qui veut que le législateur prévoie tout, soit dans les textes légaux, soit dans un commentaire officiel, ne l'est pas, la nature toujours plus variée et plus enchevêtrée des rapports juridiques s'y oppose. Vouloir que le législateur prévoie tout et que le juge ne crée rien, c'est aller contre le caractère des rapports juridiques, qui, comme nous le verrons, exigent toujours davantage une réglementation plus large et plus souple du législateur, ce qui aboutit à conférer au juge des pouvoirs toujours plus larges d'adaptation des lois aux nécessités sociales ambiantes.

III

Passons maintenant à l'étude des faits, et examinons d'abord le Code civil espagnol.

Il dispose dans ses articles additionnels que le président du tribunal suprême et ceux des tribunaux d'appel adresseront au ministère de grâce et de justice, à la fin de chaque année, un rapport concernant les lacunes et les difficultés qui auront permis de relever l'application du Code ; ils devront indiquer avec détails les questions et les points de droit controversés, ainsi que les articles du Code ou ses prétéritions qui auront fait naître des controverses. Le ministre de grâce et de justice trans-

mettra ces rapports et un exemplaire de la statistique civile de la même année à la Commission générale de Codification. Cette Commission, se référant à tous les documents ci-dessus indiqués, à la jurisprudence du tribunal suprême ainsi qu'aux progrès de la législature des autres pays, qu'elle pense pouvoir être introduits en Espagne, formulera en les adressant au gouvernement, tous les dix ans, les réformes qu'elle estime opportun de faire.

Cette organisation, créée par le Code espagnol, marque sans doute un grand pas dans la voie de la codification ; elle n'est cependant tout à fait originale. Nous avons vu que le Code civil du Chili contient des dispositions analogues quoique moins complètes depuis 1855, et qu'il a emprunté, en le perfectionnant et en le développant, ce point de vue aux dispositions de l'ancien droit espagnol statuant que les juges, en cas de doute, en référeraient au tribunal respectif.

IV

Le Code civil allemand, quoique constituant le dernier mot de la science juridique contemporaine et appelé à servir de modèle aux futures législations, maintient les bases sur lesquelles a été édifié le Code civil français et, du reste ce n'est pas là un point qui, lors de son élaboration, a été suffisamment pris en considération

Il introduit néanmoins expressément quelques innovations.

D'abord, en ce qui concerne les sources du droit, le Code allemand ne s'exprime pas formellement sur la valeur juridique de la coutume. Ce silence permet à tous les juristes allemands d'induire qu'il peut y avoir un droit coutumier d'empire ayant la même énergie que la

loi, et qui, partant, peut la compléter, la modifier et même l'abroger. Quant au droit coutumier local, la question reste très discutée (1).

D'autre part, la technique juridique et la terminologie du nouveau Code offrent des particularités très caractéristiques et ont une grande importance au point de vue de l'interprétation.

En effet, non seulement toute conception de caractère doctrinal a été bannie du texte et on n'a donné à aucune une formule légale expresse, mais encore même dans les cas où il a fallu implicitement en adopter une, quand il a été nécessaire de prendre parti sur des solutions concrètes à consacrer, on a spécifié que les constructions juridiques de cette sorte n'avaient aucune valeur obligatoire, au point de vue légal, et restaient encore librement soumises aux appréciations et aux fluctuations de la doctrine (2). Mais si le législateur allemand s'abstient de formuler légalement aucune conception juridique, il n'exclut pas de son œuvre les définitions légales qui sont, au contraire, très nombreuses et qui constituent l'une des caractéristiques les plus curieuses du nouveau Code. Ces définitions ne se proposent jamais de formuler une conception théorique et abstraite, elles indiquent seulement le sens concret et précis de certaines expressions courantes employées par le législateur (3).

(1) Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris, 1904, n° IX. C. Saleilles, *Introduction*, n° XVI, de la traduction du Code civil allemand, publié par le Comité de législation étrangère, t. I. Paris. 1904 cf. Gény, *op. cit.*, pages 384 et suiv.

(2) Salleiles, *op. cit.*, p. 105 et *Introduction* à la traduction déjà citée, n° XXIV.

(3) Saleilles, *op. cit*, pp. 110 et suiv. et *Introduction* à la traduction déjà citée, n° XXIV. Voyez la liste des définitions légales ainsi que des formules techniques, dans la même traduction, pages XLI-XLIV.

Le code allemand est hardi en ce qui concerne les pouvoirs du juge : ils ne se réduisent pas, comme dans les autres pays, à la simple interprétation des textes légaux. Le juge peut, dans certains cas et sous certaines conditions, soit restreindre l'exercice des droits, soit modifier un contrat ; en plusieurs cas aussi il a un pouvoir discrétionnaire lui permettant de donner, pour chaque litige, une solution conforme aux faits dont il a à connaître au lieu d'une solution dont la rigidité uniforme lui serait imposée par la loi. On a dit avec raison que c'était là un premier essai d'individualisation judiciaire du droit dans le domaine de la législation civile (1).

Enfin, en ce qui concerne l'interprétation des textes légaux, quoique le Code n'adopte expressément aucun système, il résulte des travaux préparatoires que le système de M. Saleilles déjà précédemment indiqué a été accepté, et deux des rares juristes, qui traitent de cette question, inclinent, manifestement dans ce sens (2).

Malgré tout, le Code civil allemand n'a pas résolu, comme nous venons de le dire, le problème des bases de la codification ; il ne saurait donc à ce point de vue être proposé comme modèle aux législations à venir ; quoique marquant un progrès, il est à craindre qu'il vieillisse vite et fasse renaître les mêmes inconvénients que la codification française.

(1) Saleilles, *op. cit.*, p. 118.

(2) Ce sont Hölder et Ehrlich Sur cette matière, Saleilles, *op. cit.*, n° X.

V

Il faut donc se poser plus nettement qu'on ne l'a fait jusqu'ici le problème des bases sur lesquelles la codification future doit être effectuée ; il est en effet nécessaire de spécifier les données dont doit partir le législateur pour conférer à la codification les avantages que nous avons précédemment indiqués. Il faut, pour y arriver, se dépouiller de toute idée préconçue et observer sérieusement les avantages et inconvénients qu'au cours du XIXe siècle ont produit les bases sur lesquelles a été édifiée la codification actuelle, ainsi que les bases sur lesquelles on édicte partout les nouvelles lois.

Nous avons précédemment examiné ces deux points; nous avons constaté que partout les lois modernes non seulement s'inspirent d'autres principes, mais qu'elles reposent aussi sur d'autres bases que les anciennes et que c'est là la cause la plus importante du défaut d'harmonie entre la codification ancienne et la nouvelle législation.

Si nous reprenons les plus importantes des bases de la codification française pour examiner celles qu'il convient parmi elles de maintenir et de supprimer, nous avons tout d'abord à nous demander si la loi doit être l'unique règle des relations juridiques.

A la vérité, la question ainsi posée, telle d'ailleurs qu'on la formule généralement, l'est mal ; en réalité, elle doit se ramener à celle de savoir à quel pouvoir il appartient d'édicter les règles juridiques.

Nous croyons impossible que ce soin incombe pour l'avenir au seul pouvoir législatif; l'enchevêtrement et la trop grande mobilité des relations juridiques s'y oppose. Les règles juridiques doivent donc être édic-

tées par un pouvoir qui ne se heurte pas aux mêmes difficultés que les parlements dans l'élaboration des lois, et puisse en même temps tenir compte de tous les éléments créateurs de nouveaux rapports juridiques.

En d'autres termes, il faut chercher un procédé qui, sans donner force de loi à la jurisprudence et à la coutume, les prenne cependant en considération, ainsi que tous les autres éléments qui créent en réalité les relations juridiques.

Or, ce but ne sera atteint que par l'emploi d'un double moyen. Il faut d'abord rejeter le principe encore si profondément enraciné de la séparation des deux pouvoirs, législatif et judiciaire, et laisser celui-ci comme celui-là réglementer, dans des limites à déterminer, les rapports de droit ; il faut ensuite conférer à certains groupes sociaux, ce qui permettra de faire pénétrer le principe démocratique au plus profond des réalités de la vie juridique, la faculté d'édicter des dispositions obligatoires pour l'ensemble des membres qui le constituent.

VI

On comprenait la séparation de l'exécutif et du judiciaire au lendemain de la Révolution : ce principe consolidait en effet le nouveau régime et était une effective garantie de la liberté politique. A l'époque où Montesquieu écrivait, le souverain qui détenait le pouvoir exécutif cherchait à l'étendre autant que possible pour en abuser. Le contrôle réciproque des pouvoirs s'imposait donc, afin, comme il le disait, que le pouvoir arrêtât le pouvoir. Aujourd'hui sous un régime républicain gouvernant une démocratie, le même abus n'est plus à redouter. Au contraire, si le pouvoir judiciaire avait la faculté de légiférer, il y aurait ainsi une véri-

table coopération des pouvoirs publics qui ne s'absorberaient pas l'un dans l'autre.

Il est d'ailleurs remarquable qu'en Allemagne, soumis au régime d'empire, les juristes qui s'occupent de droit public sont à peu près unanimes depuis longtemps pour répudier le principe de la séparation des pouvoirs (1). En France, au contraire il a conservé son ancienne autorité et la majorité des auteurs l'admettent sans discuter (2) et même en reproduisent les raisons de Montesquieu (3), quoiqu'ils reconnaissent que les trois pouvoirs constitués ne doivent pas être absolument indépendants les uns des autres, mais que leurs fonctions seules doivent être distinctes.

Si jadis les fonctions législatives et judiciaires pouvaient être absolument séparées, il n'en saurait être de même actuellement. Le pouvoir judiciaire doit avoir comme le pouvoir législatif la faculté de réglementer les rapports juridiques : les juges devraient pouvoir, comme les anciens Parlements, édicter des dispositions analogues aux anciens arrêts de règlement.

Ce rôle serait tout naturellement dévolu à la Cour de cassation, qui n'a jusqu'à présent pour mission que d'assurer l'unité de la jurisprudence.

(1) LABAND, *Le droit public de l'empire allemand* (traduction Gandilhon et Lacuire). Paris, 1901, tome II, p. 268, note 2. *Contra* : MAYER, *Le droit administratif allemand* (édition française). Paris, 1903, tome I, section II, § 6, p. 83-101.

(2) ROSSI, *Droit constitutionnel*, t. IV, 93e leçon ; JULES SIMON, *La liberté politique*, chap. III, n° 5 ; AUCOC, *Introduction à l'étude du droit administratif*. Paris, 1865, p. 24-27, cf. *Rapport sur le concours relatif à la séparation des pouvoirs* (Extrait du compte rendu de l'Académie des sciences morales et politiques). Paris, 1879 ; SAINT-GIRONS, *Essai sur la séparation des pouvoirs* ; FUZIER-HERMAN, *La séparation des pouvoirs*. Paris, 1880 ; DUCROCQ, *Cours de droit administratif* (7e édit.), 1897, t. I, nos 7 à 54 ; 1 2 BERTHELEMY, *Traité élémentaire de droit administratif* (1902), t. I, § 1 ; JACQUELIN, *La Juridiction administrative*. Paris, 1891. *Introduction* §§ 2-4 ; ROGUIN, *op. cit.*, p. 77-78.

(3) *Contrà* ses raisons et en invoquant d'autres, VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les principes fondamentaux du droit*, p. 228-229.

Le système n'aboutit nullement à faire de la jurisprudence, notamment de celle de la Cour de cassation, une source de droit. Dans ce dernier cas, le juge reste lié par les textes légaux qu'il adapte plus ou moins indirectement aux besoins de la pratique ; notre système donne au contraire au juge un droit souverain d'édicter une règle juridique obligatoire qui ne se réfère à l'interprétation d'aucun texte de loi.

Ainsi, la loi et la jurisprudence maintiendront toujours leur harmonie et ne seront plus jamais contradictoires, puisque le pouvoir judiciaire, s'il juge opportun d'opérer une réforme, le fera franchement par une loi.

La solution que nous proposons s'impose encore si l'on considere l'état politique actuel.

Le régime parlementaire aboutit en effet à ce que le pouvoir législatif gouverne bien plus qu'il ne légifère, et empiète ainsi sur les attributions réservées à l'exécutif. Pourquoi dès lors le judiciaire ne pourrait-il se substituer dans une mesure convenable au législatif ?

On objectera que le même pouvoir ne peut à la fois faire la loi et l'appliquer. Mais pourquoi le pouvoir qui fait la loi n'aurait-il pas au contraire une compétence toute particulière pour l'appliquer ? Le pouvoir législatif, qui, en tant que pouvoir constituant, fait aujourd'hui la Constitution, ne s'y soumet-il pas quand il agit comme législateur ? De même, le pouvoir exécutif ne fait-il pas lui-même les décrets que lui-même ou ses agents auront à appliquer ? Puisque, quand il s'agit de Constitution et de décret, les pouvoirs qui les font sont ceux-là mêmes qui les appliquent. Pourquoi n'en serait-il pas ainsi en matière de loi ?

Si le pouvoir judiciaire avait le droit de légiférer sur les rapports de droit privé, les principaux inconvénients inhérents à la codification seraient évités.

Dans quelles limites aurait-il ce droit ? Ce serait affaire à la Constitution ou aux lois à l'indiquer ; une règle peut cependant être formulée à cet égard

Le législateur, en réglementant lui-même les rapports de droit privé, doit se proposer uniquement de poser des principes généraux souples et larges en laissant au pouvoir judiciaire la mission de légiférer dans le cadre ainsi tracé. Il se contenterait donc, et ce serait amplement suffisant, d'indiquer les principes fondamentaux sur lesquels doivent être établis les rapports juridiques ; au pouvoir judiciaire appartiendrait alors le soin de les réglementer d'une façon plus ou moins précise selon les nécessités de la vie sociale.

Pour ce qui concerne la faculté de légiférer à reconnaître à certains groupes, la loi aurait à déterminer ces groupes ainsi que la nature de leurs pouvoirs.

Le pouvoir législatif édicterait les règles ayant un caractère général, et les groupes spécialement désignés fixeraient les détails d'application de cette réglementation. Ils devraient même pouvoir trancher les controverses susceptibles de naître en pareille matière. En leur donnant le pouvoir de légiférer, la loi doit s'assurer que leurs dispositions, grâce à une large publicité soient portées à la connaissance des divers intéressés.

Ce n'est pas là du reste, une idée nouvelle. C'est déjà la tendance de certains groupes qui réclament ce droit, et certaines organisations professionnelles l'ont déjà acquis dans quelques pays (1).

VII

Une autre base de la codification actuelle contre laquelle il importe de réagir ouvertement est la division

(1) Jay, *op. cit.*, p. 217.

des Codes par matières, c'est-à-dire qu'on réunit dans un même Code toutes les matières qui s'y réfèrent ; il en résulte alors qu'une même institution se trouve réglementée dans autant de Codes qu'elle présente d'aspects divers. C'est ainsi que le Code civil réglemente le côté civil de la propriété, le Code de commerce, son côté commercial, le Code forestier, son côté rural, etc. Aussi, comme nous l'avons déjà fait remarquer, est-il impossible de comprendre avec une semblable méthode la véritable nature des institutions ainsi que les modifications qu'elles subissent.

Il n'est plus possible d'adopter, à l'avenir, cette division par matières; le motif que nous venons d'indiquer ainsi que la multiplicité et l'enchevêtrement des rapports juridiques s'y oppose.

Les Codes, à l'avenir, devront se faire par *Institutions*, c'est-à-dire qu'ils devront réglementer dans le même Code tout ce qui a trait à la même institution, sous ses divers aspects. Il y aura ainsi un Code des relations de famille, un Code de la propriété, dans lequel seront exposées avec des classifications rationnelles, toutes les formes de propriété : commerciale, industrielle, agricole, etc. ; il y aura aussi un Code des sociétés et des associations, un autre des obligations en général, un autre des contrats spéciaux soit civils, soit commerciaux, un Code du travail, etc.

Il est inutile d'insister sur les avantages d'un pareil procédé tant au point de vue de la réglementation, que de celui de l'interprétation et de l'étude des institutions.

VIII

Il y a encore d'autres bases sur lesquels on devra édifier la codification à l'avenir. Ces bases dérivent

des caractères que nous avons attribués aux rapports juridiques actuels, que nous avons reconnus être multiples, enchevêtrées, mobiles et à tendances sociales et internationales.

La codification, si elle veut se conformer à ses caractères, doit reposer sur les bases suivantes :

1° Le pouvoir législatif, y compris le juge, si on lui confère la mission de légiférer, doit, étant donnée la multiplicité des rapports juridiques, renoncer à réglementer d'avance et dans un ensemble de dispositions tous les rapports juridiques quelconques. Ces rapports ne devant, en effet, être soumis à l'empire de la loi qu'au fur et à mesure qu'ils se produisent.

2° Les règles juridiques doivent être édictées en termes suffisamment larges pour pouvoir s'appliquer à des rapports qui, eu égard à la complexité de la vie sociale, appartiennent également au droit public, au droit privé ou au droit international.

3° Le législateur doit renoncer à la prétention de tout régler avec une égale précision. Il est nécessaire qu'au cours de son travail il fasse toujours état de la mobilité plus ou moins grande que présente l'institution. S'agit-il de rapports d'une nature particulièrement variable, on doit alors procéder par tâtonnements et rédiger une loi d'essai en légiférant dans le cercle le plus restreint possible quitte à étendre l'action de la nouvelle loi si elle a atteint effectivement au but que législateurs ou juges se sont proposés en l'édictant.

4° Elle devra d'ailleurs être conçue en termes très généraux et être assez souple pour pouvoir être constamment adaptée par le juge aux circonstances.

Ce ne serait d'ailleurs pas là une innovation pour les législations modernes, puisque les lois de droit public ont déjà ce caractère et que les autorités chargées de les appliquer ont un large pouvoir d'appréciation. Le droit

constitutionnel et administratif laisse, en effet, en dehors de toute réglementation certaines matières capitales dont la libre *évolution* n'est ainsi contrariée par aucun texte législatif. En matière de droit et de procédure pénale, il en est de même. Le juge a aujourd'hui une liberté toujours croissante non seulement dans l'appréciation qui lui incombe des circonstances du fait punissable, mais dans l'application même qu'il a à faire de la loi. C'est ce que prouvent surabondamment les circonstances atténuantes, le sursis et surtout les théories des sentences indéterminées et de l'individualisation de la peine. Rappelons enfin le discrédit attaché aujourd'hui en matière civile à la théorie des preuves légales.

5° Il importerait, en outre de ce caractère de souplesse, de donner au juge la triple série de pouvoirs que nous avons vu qu'il a dans le Code civil allemand.

6° Le pouvoir chargé de dicter la loi a à se préoccuper par le fait même de la socialisation croissante des rapports juridiques, d'en assurer l'exécution, surtout si la loi est directement relative à l'intérêt général ; elle devra charger de cette surveillance soit des agents de l'administration, soit des groupes intéressés ;

IX

Il y a enfin des bases de l'ancienne codification que le législateur moderne doit rejeter en tant qu'elles ne correspondent plus à l'état social actuel.

C'est d'abord : l'application des mêmes lois à toute l'étendue du territoire. C'est là une idée qui est née en France d'une réaction contre les abus de l'ancien régime et qui a été exagérée dans tous les pays de codification. Elle doit être écartée, surtout dans les Etats appartenant à des zones géographiques différentes comme le sont les

pays latino-américains, où les besoins sociaux ne sont pas partout les mêmes et exigent en conséquence une réglementation appropriée à chaque région. La remarque est particulièrement vraie pour le régime des eaux, des servitudes rurales et même de la propriété foncière. Il faut alors non seulement édicter des lois pour certaines régions déterminées ou ne régissant pas telle ou telle région, mais même permettre aux tribunaux régionaux de prendre dans des limites préalablement fixées certaines mesures conformes aux intérêts locaux des pays où ils siègent.

L'égalité de tous les individus devant la même loi n'est pas non plus soutenable au moins d'une façon absolue. C'est déjà là d'ailleurs une réforme en partie accomplie et qui a gagné plus de terrain que la précédente, surtout dans la législation ouvrière (1).

(1) Un projet relatif à la codification du droit international privé a été présenté à la deuxième Conférence internationale américaine qui s'est tenue à Mexico en 1901-1902. Nous avons nous-même rédigé le rapport de la commission de droit international en qualité de secrétaire, et nous y avons exposé quelques-unes des idées exprimées dans ce chapitre sur les bases de la codification. La Conférence a approuvé le projet de codification qui lui avait été soumis. Cf. *Actes et documents de la deuxième Conférence pan-américaine*, Mexico, 1902, pp. 302-307.

CHAPITRE II

PRINCIPES DE LA CODIFICATION A L'AVENIR

I

Les partisans de la refonte de la codification n'envisagent que ce point particulier. Il existe sur la question trois groupes de théories qui s'inspirent ordinairement de considérations économiques et sociales et susceptibles de se nuancer de façon très diverse suivant les individualités qui les adoptent.

1° L'école socialiste voudrait bouleverser tous les rapports juridiques en modifiant profondément l'organisation familiale et en supprimant la propriété et l'hérédité.

Menger représente une tendance plus atténuée de la même école dans sa critique du premier projet de Code civil allemand Quelques-uns de ses reproches sont justes ; mais d'autres ont un caractère exagéré ; il ne tendrait à rien moins que d'établir des privilèges en faveur de la classe ouvrière (1).

D'autres, en grand nombre, réclament diverses réformes sociales qu'ils jugent suivant leur tempéra-

(1) MENGER, *Le droit au produit intégral du travail. — Du rôle social de la science du droit*, dans la *Revue d'économie politique*, année 1896, p. 62-86 et *L'Etat socialiste* (traduction Milhaud, Paris, 1904). Voyez la critique des doctrines de Menger dans NANI : *Le socialisme dans le Code civil* (Turin, 1892).

ment conformes aux exigences de la société actuelle Ce sont surtout des juristes italiens (1).

2° L'école italienne, qui a rallié de multiples adeptes, veut réformer le Code conformément aux résultats des sciences positives en faisant abstraction de toute idée métaphysique. Le législateur doit se préoccuper au cours de sa tache, de l'évolution du droit en se référant aux données des sciences anthropologiques et sociales qui le renseigneront sur les lois gouvernant les phénomènes juridiques. Il devra en outre avoir une exacte notion des nécessités sociales. Ce n'est qu'une fois tous ces éléments groupés, déclare cette école, que l'on peut rédiger ce qu'elle appelle le *Code privé social.*

Cette méthode est trop vague, et les réformes auxquelles elle aboutit tantôt sont inacceptables, tantôt s'imposent si évidemment qu'elles n'ont plus besoin de s'étayer sur elles (2).

3° Une dernière école veut fonder les législations à venir sur le seul principe de la solidarité qui doit

(1) Gianturco, *L'individualisme et le socialisme dans le droit contractuel* ; Salvioli, *Les défauts sociaux du Code civil* ; Polacco, *Fonctions sociales de la législation civile moderne*; Posada, *Le droit et la question sociale*, dans la *Revue internationale de sociologie*, t. VI p. 225-250.

(2) Sur la doctrine de cette école et les réformes qu'elle propose, Cimbali, *op. cit.*, notamment 1re partie, chap. II, III et IV et 3e partie. D'Aguanno, *op. cit.*, surtout chap. II et VI et du même auteur : *Genèse et évolution du droit civil* (édition espagnole), chap. IV, VIII, XII, XVI et XX. Cogliolo, *La théorie de l'évolution darwiniste dans le droit privé.*

Dans le deuxième Congrès d'anthropologie criminelle, on proposa dans une des questions (XII) le sujet suivant : « De l'anthropologie au point de vue de ses applications juridiques aux législations, et aux questions de droit civil ». Fioretti, qui était le rapporteur de cette question, reconnut explicitement que l'application de l'anthropologie au droit civil était presque impossible (*Actes du deuxième Congrès international d'anthropologie criminelle*, Lyon, 1890).

dominer le droit privé, en tant qu'elle est à la base de toute l'organisation sociale. C'est là une idée déjà ancienne qui se trouve nettement formulée par les socialistes ou philosophes sociologues de la première moitié du XIXe siècle principalement par Fourier et son école qui faisaient de la solidarité *une loi de la nature*. Aujourd'hui, c'est là un principe déjà très répandu, grâce au progrès des idées morales qui veulent faire prévaloir le point de vue moral sur le point de vue égoïste. Mais si on est de plus en plus d'accord pour imprégner le droit de l'idée de solidarité, cette idée reste dans le vague et l'on n'indique pas dans quel sens elle doit guider le législateur.

Certains proposent d'ailleurs des réformes sans se réclamer d'aucune école déterminée (1).

Beaucoup enfin se bornent à demander la fusion du Code civil et du Code de commerce en demandant la suppression d'un privilège de cet ordre pour les commerçants, et en invoquant l'exemple du Code général des obligations applicables en Suisse à toutes les catégories de personnes sans distinction d'aucune sorte.

II

Sortons maintenant de l'exposé des systèmes théoriques pour nous demander ce qui a été réalisé dans l'ordre des faits et quelles idées ont été consacrées sur ce point par les codes modernes, notamment le Code civil allemand.

Ce dernier Code n'a suivi aucun des systèmes précé-

(1) BATBIE, articles déjà cité dans la *Revue critique*. Cf. JOUBAIRE, « Essai sur la revision du Code civil », Paris, 1873.

demment exposés. Cependant il marque déjà une réaction contre le double individualisme qui est le principe fondamental de tous les Codes des autres pays. Il répudie l'individualisme d'abord en ce qu'il ne considère pas les individus toujours comme isolés. Il consacre une large place aux personnes juridiques (Titre II du livre Ier, art. 21-90) et les réglemente en s'attachant principalement à leur organiser un patrimoine ; toute sa réglementation est basée sur l'idée de solidarité sociale du groupe.

Il bat également en brèche l'individualisme en ce qu'il consacre deux des quatre manifestations juridiques de la solidarité. Il ne sanctionne en effet, ni le principe de l'aide réciproque qu'il ébauche pourtant dans les rapports entre patrons et ouvriers, ni celui de l'extension de la responsabilité en dehors de la faute matérielle. Le Code n'a même fait aucun progrès à cet égard : il s'en est tenu au système traditionnel de la faute subjective et n'a pas osé consacrer la théorie du risque social.

Mais il consacre au moins dans une notable mesure les deux autres manifestations de la solidarité. Il a pris en considération, dans la réglementation des rapports juridiques, l'intérêt social et non celui des individus isolés, et surtout il a adopté le principe de l'abus du droit.

Le Code consacre, en effet, dans le livre premier (partie générale) toute une section (la sixième) à la théorie de l'exercice des droits, de la défense privée et de la justice personnelle. Il se rallie en effet à la théorie de l'abus du droit (art. 226), suivant laquelle « l'exercice d'un droit n'est pas permis, lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer dommage à autrui. » Le juge, peut donc considérer comme innefficace et sans valeur tout exercice d'un droit dépassant les limites que les mœurs, l'équité et l'intelligence des rapports sociaux

mettent à son application (1). Il a même dans plusieurs cas et sous certaines conditions spécifiées et prévues, le pouvoir de modifier les contrats.

Enfin, pour éviter les abus d'autorité du père de famille et du mari dans l'exercice de leurs droits ou dans l'accomplissement de leurs devoirs, le Code crée une juridiction familiale très étendue, sorte de haute tutelle d'Etat en matière de rapports de famille exercée par un organe judiciaire.

III

Il résulte de toutes ces innovations, que l'autonomie de la volonté a dans le Code civil allemand un rôle tout autre que dans le Code français et ceux reposant sur des principes nettement individualistes. Le Code allemand fait en effet une large place à l'autonomie de la volonté mais cela ne veut pas dire, que, conformément au système des autres Codes, elle doive toujours l'emporter sur la loi. La plupart des règles que le Code allemand édicte, encore qu'elles n'aient pas un caractère impératif absolu, ne prétendent en aucune façon traduire la volonté des parties, mais faire prédominer la volonté de la loi ; elle donne aux conventions privées les conséquences légales, qui ont paru les plus conformes au but que doit poursuivre la loi, c'est-à-dire aux exigences de l'équité et de la justice sociale. Sans doute, il peut y être dérogé par convention, mais il faut que cette dérogation soit formelle et précise : sinon l'avantage reste à la loi (2).

(1) Saleilles, *op. cit.*, n° XI, et Introduction n° XVIII à la traduction déjà citée. Cf. notes aux articles 226-231 (sixième section, livre I) de la traduction du Code civil allemand, p. 334 349.

(2) Saleilles, *op. cit.*, n° VI, notamment p. 44, 45 et 51.

Le Code allemand considère également l'individu comme agent d'exécution de droit toutes les fois qu'il assigne pour but à son activité la mise en œuvre d'un droit dans de certaines limites laissées à son appréciation. Mais en même temps que l'individu est ainsi investi d'une fonction qu'on peut qualifier de juridiction gracieuse, le Code allemand, pour bien marquer que cette fonction est conférée par la loi et non en vertu d'un droit propre, multiplie, comme nous l'avons dit, dans des proportions considérables les cas où le juge, par disposition expresse ou tacite, jouit d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant de donner pour chaque litige une solution appropriée, et n'est ainsi pas astreint à appliquer une solution dont la rigidité uniforme lui serait imposée par la loi.

IV

Le Code civil allemand s'est donc rattaché à l'idée de solidarité juridique : mais il ne l'a pas creusée très avant ; il l'a consacré sous deux de ses aspects mais il l'a écartée sous ses deux autres.

Si on peut critiquer le Code allemand sur ce dernier point, il ne faut cependant pas le blâmer de ne pas s'être aventuré plus loin qu'il ne l'a fait sur le terrain social. Il ne faut pas oublier que nous sommes à une époque de crises et transitions où l'évolution économique se poursuit et modifie en conséquence profondément l'organisation sociale et juridique. Il n'est donc pas possible de faire à un tel moment une législation satisfaisante ; il faut préparer les transitions, concilier les opinions des rétrogrades et des avancées.

Le Code civil allemand a forcément dû se ressentir, en ce qui concerne la netteté et l'ampleur de ses prin-

cipes directeurs, de l'état social de l'époque de transition dans laquelle il a apparu, époque bien différente de celle de l'apparition du Code français, particulièrement favorable à une codification bien défini.

V

Si le nouveau Code allemand peut laisser à désirer en ce qu'il n'a pas consacré, dans toute son amplitude, le principe de la solidarité juridique, il en est autrement des institutions juridiques qu'il a réglementées, en particulier de celles qui sont relatives au droit de patrimoine. Son œuvre est sur ce point conforme aux nouvelles situations économiques et sociales.

Tout ce qui a trait aux obligations (livre II), aux droits des choses, notamment la théorie de la possession, aux modes d'acquisition de la propriété et du crédit réel (livre III), est organisé conformément aux nouvelles nécessités sociales. Il en est de même du droit de famille (livre IV), et du droit des successions (livre V) (1).

Il faut reconnaître cependant que sur beaucoup de points l'abus de la logique juridique a entraîné le législateur allemand à des solutions qui ne se justifiaient par aucune autre considération et que sur d'autres également il n'a pas osé rompre encore avec les théories traditionnelles inspirées de l'époque romaine (2).

(1) Voyez sur cette matière, SALEILLES, Introduction à la traduction déjà cité, n° XIX-XXIII, cf. « La théorie possessoire du Code civil allemand » (Extrait de la *Revue critique de législation et de jurisprudence*), Paris 1904.

(2) SALEILLES, *op. cit.*, p. 119.

CHAPITRE III

IDÉES FONDAMENTALES QUANT AUX BASES ET AUX PRINCIPES DE LA CODIFICATION FUTURE

I

Résumons les idées fondamentales qui doivent inspirer les bases et les principes sur lesquels doive reposer la Codification à l'avenir.

Ces bases et principes que nous avons précédemment indiqués dérivent, remarquons-le bien, non de théories ou de spéculations plus ou moins métaphysiques mais de l'observation des conditions politiques et économiques de la société actuelle, ainsi que de l'orientation imprimée par ces mêmes conditions à la législation moderne.

La principale conclusion que nous avons dégagée de cette observation, et sur laquelle il nous faut particulièrement insister, est que, l'état social n'étant plus aujourd'hui ce qu'il était à l'époque de l'apparition du Code français, les bases et les principes de la future codification doivent être tout autres.

En 1804, avons-nous dit, le moment était favorable à la codification : l'état social était bien défini parce que la nouvelle organisation politique était consolidée et que l'évolution économique n'avait pas encore commencé; il ne s'agissait donc à cette époque que de concilier les deux régimes de législation jusqu'alors exis-

tante et de les mettre en harmonie avec le nouvel état politique et social.

Le législateur pouvait donc, à cette époque, ne pas se préoccuper de la question de savoir comment mettre à l'avenir le droit en harmonie avec les nouvelles exigences sociales; nous avons tâché d'expliquer son silence à cet égard : il voulait consolider le nouvel état social en unifiant et en simplifiant le droit, et il méconnaissait l'évolution de la vie juridique. Il a donc édifié le Code sur des bases qui tendaient à l'unifier et à simplifier le droit et à le rendre clair et précis. Ses principes s'inspiraient du nouveau régime politique consacré, l'individualisme. Raisonnant d'après ces bases de codification, les interprètes se sont attribués pour toute mission de rechercher l'intention du législateur et ils ont appliqué aux nouveaux cas qui se présentaient, les principes posés par le Code, en supposant que ses nouveaux cas étaient d'une nature identique à celle des anciens et que le législateur, s'il les avait connus, les aurait réglé selon les mêmes principes que ceux-ci.

II

L'état social est aujourd'hui bien différent de celui de l'époque du Code de 1804.

Loin d'être dans un état social bien défini, nous vivons dans une époque de pleine évolution, sous un régime qui disparaît, l'individualisme, auquel succède un autre dont nous ne pouvons savoir ce qu'il sera, le socialisme.

La tâche du législateur est donc, aujourd'hui, tout autre que ce qu'elle était au commencement du XIXe siècle. Il ne s'agit plus de consolider un état social et d'unifier et d'affermir les règles juridiques. Il ne

faut pas non plus méconnaître que l'évolution croissante de la vie juridique aboutit à transformer le régime actuel en un autre de nature différente ; au contraire cette évolution doit lui servir de point de départ et il doit se proposer de la suivre.

En conséquence, il faut que la codification soit faite en conformité à ce nouveau point de départ et à ce nouveau but.

A ce changement de bases et de principes, doit correspondre un changement d'interprétation juridique qui doit se proposer, non comme jadis, de connaître l'intention du législateur pour lui faire régir les nouveaux cas qui se présentent quelle que soit leur nature, mais d'adapter constamment les règles juridiques aux nouvelles relations juridiques, conformément à la nature que leur confèrent les transformations sociales.

Nous avons déjà indiqué quelles sont à notre sens les nouvelles bases sur lesquelles doit reposer la codification à l'avenir, pour qu'elle puisse atteindre son but, ainsi que les éléments qui doivent servir à l'interprète pour accomplir sa nouvelle tâche. Nous avons dit aussi que le législateur allemand est resté sur ce point arriéré et que le législateur français ne doit pas l'imiter dans la revision future du Code.

Quant aux principes dont le nouveau Code doit s'inspirer, étant donné le caractère de la période que nous traversons, il convient de n'y exagérer aucune idée.

L'idée de solidarité cependant, qui se dégage des transformations de la société, doit être néanmoins poussée plus loin que ne l'a fait le Code allemand. Il faut la consacrer, non seulement sous les deux aspects qu'a admis ce Code, mais aussi sous celui de l'aide réciproque, notamment entre patrons et ouvriers, entre associés, et en général entre personnes liées par les mêmes intérêts, et celui de l'extension de la responsa-

bilité en dehors du cas de faute matérielle. Il faut, en somme, tempérer dans la mesure du possible la notion du droit par celle du devoir.

Il faut aussi accentuer, et plus encore que ne l'a fait le Code allemand, l'idée d'intérêt général ou d'intérêt de groupe, si on légifère pour un groupe déterminé, car cet intérêt doit prédominer sur celui des individus isolément considérés. L'intérêt du groupe ne sera pas difficile à connaître, puisqu'il sera représenté par les diverses associations qui se seront précisément créées pour le défendre. L'intérêt général, quoique parfois délicat à préciser, peut aussi dans la plupart des cas être déterminé avec précision notamment en matière agricole ou industrielle.

Telles sont les idées qui, dans la mesure du possible, doivent être l'âme du nouveau Code, le vivifier, combler les lacunes et l'unifier. C'est ainsi seulement qu'on aura des institutions qui correspondent à l'état démocratique des temps présents.

Enfin, en ce qui concerne l'adoption de nouvelles institutions et leur réglementation en conformité aux nouvelles nécessités de la pratique, le Code allemand, ainsi que les lois spéciales, fournissent des éléments suffisants pour mener à bien cette tâche.

CHAPITRE IV

DE LA MÉTHODE D'APRÈS LAQUELLE DOIT S'OPÉRER LA RÉFORME DE LA CODIFICATION

I

La question de la méthode à suivre pour préparer les lois modernes, et notamment les Codes, a intéressé vivement les législateurs et les publicistes.

Il y a sur ce point des théories et des faits multiples. Au nombre de ces derniers il faut remarquer le système de préparation des lois modernes, et surtout celui qui fut employé pour la préparation des Codes civils espagnol et allemand.

Au point de vue théorique, on a proposé en France, pour remédier aux inconvénients qui résultent de la préparation des lois dans les assemblées législatives, d'associer étroitement le Conseil d'Etat à cette préparation (1).

En ce qui concerne la codification elle-même, M. Bertrand, avocat général à la Cour de cassation, partisan d'une revision intégrale de la législation qu'il croit indispensable, reprend pour la mener a bien, comme il

(1) VARAGNAC, *Le Conseil d'Etat et les projets de réformes* dans la *Revue des Deux-Mondes*, 15 septembre 1892 ; TARBOURIECH, *Du Conseil d'Etat comme organe législatif* dans la *Revue du droit public et de la science politique*, 1894, tome II, pp. 272 à 285 ; MICHON, *L'initiative parlementaire et la réforme du travail législatif* (Paris, 1898) ; CHARLES BENOIST, *La Réforme parlementaire*. Paris, 1902. Introduction, pag. XVI et XXXVII.

le dit lui-même, l'idée émise jadis par Rossi pour la confection des Codes. Le Parlement poserait les bases de la revision et après confierait au pouvoir exécutif la préparation du projet ; cette œuvre technique serait accomplie par une commission nommée par le gouvernement. Ce projet serait ensuite soumis à l'examen d'une commission nommée par les Chambres et discuté dans des conférences publiques contradictoirement par ses auteurs et les membres de la commission parlementaire (1).

M. Roguin propose la constitution d'un corps spécial auquel incomberaient le droit et le devoir de préparer et de proposer aux Chambres, qui auraient seules le droit de les voter, les réformes législatives à effectuer.

Ce corps pourrait être, selon lui, soit un Conseil d'Etat à la façon française, soit, ce qui serait préférable, un Conseil d'Etat qui aurait, en vertu de la Constitution du pays, la mission de préparer des projets de loi selon les enquêtes qui auraient été faites, et sur lesquels les Chambres législatives statueraient plus tard. Il propose encore d'établir des commissions perpétuelles formées de membres des deux Chambres législatives, qui auraient la même mission, ou bien des commissions extra-parlementaires, également permanentes. Ces commissions commenceraient par proposer au Parlement les principes de la future législation ; le Parlement se prononcerait à leur sujet comme il le croirait convenable ; c'est ensuite seulement que viendrait le travail de réglementation détaillée des institutions, travail confié à la commission compétente et qui s'effectuerait conformément aux principes acceptés par le Parlement (2).

(1) Bertrand, « De la codification », discours prononcé à l'audience de rentrée de la Cour de cassation, Paris, 1888, pp. 30-31.

(2) Roguin, *op. cit.*, pp. 100-104.

II

Si nous sortons du domaine de la théorie pour rentrer dans celui des faits, nous devons constater que partout les lois sont faites autrement que jadis. Les lois sociales surtout ne sont presque jamais élaborées dans le Parlement lui-même, mais préparées d'avance par des Commissions de juristes ou des personnes compétentes qui les soumettent au Parlement. Ces Commissions, avant d'élaborer le projet, font les enquêtes nécessaires sur les faits et les institutions à réglementer ainsi que sur la législation correspondante des divers pays sur la même matière, et ils entendent aussi l'opinion des groupes intéressés.

Un des procédés employés pour l'élaboration des Codes est celui qui a servi à la préparation du Code civil espagnol. Les Chambres ont édicté (11 mai 1888) une loi dans laquelle on statuait que le Code serait rédigé par la Commission des Codes, notamment la section de droit civil, et que la dite Commission prendrait comme point de départ de ses travaux le projet de Code de 1851 et les résultats de la législation comparée, ainsi que les principes que la loi elle-même avait indiqués, et qui étaient au nombre de vingt-sept. Le projet une fois terminé fut présenté aux Chambres qui l'acceptèrent en y apportant certaines modifications. Comme on le voit, le système adopté pour le Code espagnol est presque le même que celui qui a été proposé par Rossi et repris en 1888 par M. Bertrand.

Le Code civil allemand a été rédigé d'après un autre procédé. Le Bundesrath a nommé une Commission préparatoire composée de cinq membres, qui avait pour mission de trancher certaines questions préalables indis-

pensables, surtout la question relative au plan du futur Code et à la délimitation de son contenu, certains domaines devant être réservés au droit particulariste, et celle de la méthode à suivre pour la préparation d'une œuvre de ce genre. Le projet lui-même fut préparé par une première Commission chargée de la rédaction ; mais on désigna pour chacune des parties principales du projet un rédacteur spécial dont le texte servirait de base aux délibérations de la Commission. Le Bundesrath composa cette Commission de douze membres, tous magistrats et professeurs. Les rédacteurs spéciaux mirent sept ans à accomplir leur travail ; la Commission commença après son travail collectif, qui dura six années. Le projet, transmis au chancelier de l'Empire, fut ensuite remis au Bundesrath qui se décida à le publier officiellement pour lui donner la plus large publicité et susciter les observations et les critiques. Grâce à cette publication, le projet fut connu, examiné, discuté et critiqué par le monde savant et celui des affaires, dont les critiques facilitèrent à l'avance le travail législatif. Le Bundesrath nomma une nouvelle Commission chargée de préparer un second projet, composée de vingt-deux membres choisis non plus seulement parmi des théoriciens, mais dont la plupart représentaient les grands intérêts du pays, les intérêts terriens et surtout industriels et commerciaux. A cette Commission furent ajoutés un certain nombre de membres auxiliaires. La nouvelle Commission prit pour base de ses discussions le premier projet, et les différentes fractions du nouveau projet furent livrées à la publicité à peine rédigées : on pouvait ainsi tenir compte des critiques avant d'achever la rédaction définitive. La Commission procéda, en effet, à une revision d'ensemble du projet ; on obtient ainsi un second texte revisé. Cette seconde rédaction fut ensuite envoyée aux

Bundesrath par l'intermédiaire du chancelier de l'Empire. Le Bundesrath l'envoya à son Comité de la justice qui fut chargé de l'examiner et d'y apporter les modifications qu'il jugerait nécessaires. Le Comité fit quelques modifications et le renvoya au Bundesrath qui eut ainsi pour texte définitif celui de la deuxième commission avec les modifications qu'y avait faites le Comité de la justice. Ce projet fut remis par le chancelier de l'Empire au Reichstag qui, après avoir hésité quelque temps sur la procédure à suivre pour le discuter, nomma une Commission dans laquelle toutes les opinions furent représentées. C'est là que furent faites les quelques réformes de caractère juridique opérées par le Reichstag. En séance plénière les différents partis s'en tinrent aux solutions discutées et admises par leurs délégués; la discussion ne porta plus que sur quelques grandes questions de caractère social et religieux. Le projet ainsi approuvé fut remis au Bundesrath qui le sanctionna à son tour (1).

III

On peut tirer de l'évolution des institutions juridiques et des précédents législatifs que nous avons indiqués plus haut, certaines indications sur le meilleur moyen de mener à bien la réforme de la Codification à l'avenir.

Il faut avant tout qu'une Commission préparatoire étudie à loisir les bases sur lesquelles il faut faire reposer la Codification à l'avenir et dont nous nous sommes occupés précédemment. On pourra alors instituer

(1) Voyez pour plus de détails sur cette matière, SALEILLES, *op. cit.*, n° III et Introduction à la traduction déjà citée, nos IX-XVI.

une Commission permanente de Codification qui sera subdivisée en sections selon les matières ou les institutions, suivant qu'on sera résolue d'opérer la Codification sur l'une ou l'autre base. Cette Commission sera composée de juristes et de professionnels intéressés dans la matière à Codifier. Si les sections sont divisées par institutions, comme nous croyons qu'elles doivent être, tout groupement se proposant un but qui rentre dans la section y doit être représenté.

Ces sections feront des enquêtes approfondies, chacune dans les limites de sa compétence, sur les défauts ou les lacunes du système actuel, en se rendant exactement compte de l'étendue de ses inconvénients et des résultats fournis sur la matière par les diverses sciences ; elles examineront comment la question a été résolue dans d'autres pays, la facilité plus ou moins grande que présente l'adaptation d'un type ou de l'un des types admis ailleurs ; elles devront recueillir l'opinion que les groupes sociaux spécialement intéressés et les groupes, qui peuvent avoir des intérêts opposés, ont sur la réforme à faire, et le sens dans lequel elle doit se faire ; enfin, elles diront jusqu'à quel point il convient de réglementer législativement l'institution et quelles matières il convient de laisser à la réglementation du pouvoir judiciaire ou des groupes intéressés. Quelquefois il est aisé de recueillir toutes ces informations (1), particu-

(1) Nous avons présenté au premier Congrès médical latino-américain, réuni à Santiago du Chili en janvier 1901 un travail sur « l'incapacité mentale devant la médecine légale et les principes de la législation comparée ». Nous y avons indiqué les réformes que nous croyons nécessaires de faire à la législation chilienne sur ce point pour le mettre au courant des résultats des sciences médicales et économiques et la faire profiter des travaux de législation comparée sur la matière. Ces réformes, à notre sens, doivent être les suivantes : 1° Le mot *dément*, dont le sens pathologique est restreint devrait être remplacé dans le titre XIX du livre 1er du Code chilien par les mots : *personne en état d'aliénation mentale*, plus véritablement

lièrement en ce qui touche la question sociale ; car, dans presque tous les pays, il existe, adjoint au ministère, un bureau permanent chargé de diriger des enquêtes, notamment sur la matière du travail, et d'en transmettre les résultats consignés dans des rapports au gouvernement.

Les enquêtes faites, on élaborera un projet de loi qui devra recevoir une grande publicité pour être soumis aux diverses critiques; puis, un certain temps après la publication, ce projet, remanié ou non par la section, devra passer au Parlement. Le projet sera discuté dans un Comité parlementaire où seront représentés tous les partis ; les Chambres devant se contenter de l'approuver en bloc.

Après avoir approuvé ce projet qui deviendrait le ou les Codes futurs, la même Commission poursuivrait ses enquêtes et ses études, et au bout d'un certain

génériques ; 2° L'interdiction pour incapacité mentale devrait pouvoir être prononcée non seulement contre les individus dont les facultés psychiques sont entièrement troublées, mais encore contre ceux dont l'altération des facultés est suffisante pour les rendre incapables d'administrer leur patrimoine ; 3° Les dispositions de la loi de 1856 semblables à celles de la loi française du 30 juin 1832 sur les aliénés internés devraient être insérées au Code ; 4° L'incapacité des aliénés ne devrait être que relative et non absolue, ce qui permettrait à eux seuls ou à leurs héritiers d'arguer de la nullité des actes passés par eux et leur donnerait le droit de les ratifier, et rendrait enfin ces actes inattaquables au bout d'un certain délai grâce à la prescription ; 5° Le sourd-muet, non aliéné, même quand il ne peut se faire comprendre par écrit, ne devrait pas être incapable de plein droit ; 6° Le prodigue ne devrait être relativement incapable que d'accomplir les actes de disposition, et garder une pleine capacité pour ceux d'administration ; 7° Le faible d'esprit devrait être assimilé au prodigue ainsi que les ivrognes invétérés et pathologiques ; 8° Les individus qui, pour cause de maladie physique, sont hors d'état d'administrer leurs biens, pourraient être mis en curatelle sur leur demande. La curatelle ainsi instituée ne leur ferait pas perdre leur capacité civile mais ils ne pourraient faire aucun acte d'administration ou de disposition sans l'assistance de leur curateur.

temps, tous les cinq ou dix ans, elle ferait un rapport et présenterait un projet sur les nouveaux principes que devrait consacrer le Parlement et sur ceux qui doivent continuer à faire partie de la réglementation judiciaire ou professionnelle.

IV

Nous avons ainsi fini l'étude des bases et des principes sur lesquels devra, à notre sens, reposer la nouvelle Codification, ainsi que la méthode qui devra servir à l'opérer.

Nous croyons qu'il appartient à la France de mener à bien une œuvre que le Code civil allemand n'a qu'incomplètement réalisé. La France continuera ainsi à avoir au XXe siècle l'influence qu'a exercée sa Codification au XIXe.

Mais ce résultat ne sera obtenu qu'à la condition qu'un mouvement scientifique se soit produit parmi les jurisconsultes français sous une forme lui conférant une efficacité particulière. Il faudrait que la Société d'enseignement supérieur, celle d'études législatives, et celle de législation comparée invitent tous les pays latins à se réunir dans un Congrès. La preuve que ce programme est très réalisable, c'est que les Etats latins américains l'ont déjà fait plusieurs fois. Il ne saurait avoir le moindre inconvénient pour les pays latins d'Europe.

A ce Congrès, les représentants de chaque Etat signaleraient les institutions juridiques que leur propre législation a empruntées à la France et dont les résultats laissent à désirer. Ils en diraient les raisons et mentionneraient à côté les institutions originales de leur pays, les raisons qui les ont fait introduire, ainsi que les résultats qu'elles ont produits.

Les travaux et les discussions, dont chaque rapport

serait l'objet, constitueraient, et cela seul légitimerait déjà la réunion d'un tel Congrès, le meilleur travail de droit comparé qu'on ait sur les peuples de race latine. Une telle œuvre ne peut être qu'une synthèse de travaux et ne saurait être faite par un seul juriste comme on se l'imagine d'ordinaire.

La science ne serait pas seule à tirer profit des travaux de ce Congrès ; la pratique y trouverait aussi son compte. On pourrait en effet, s'accorder sur les principes généraux d'une législation uniforme pour tous les pays latins. L'entente sur ce point serait relativement aisée comme nous l'avons dit. Les constitutions politiques, économiques et sociales de ces divers états ont, en effet, de grandes analogies qui leur permettraient de se prêter à ce travail d'unification.

A défaut d'entente sur tous les points, on pourrait au moins se mettre d'accord pour atténuer ou effacer les différences législatives qui ne tiennent qu'à des circonstances accidentelles, ou encore pour formuler des règles uniformes en matière de droit international privé.

Les vœux et résolutions de ce Congrès, ainsi que les travaux qui les motiveraient, pourraient, inspirer très heureusement les juges des pays latins, en leur montrant le sens dans lequel se transforment les institutions et la manière d'aider à cette transformation.

Un Congrès de ce genre dont l'intérêt scientifique est en tout cas indéniable marquerait une étape dans la renaissance de l'esprit latin et ouvrirait une ère nouvelle de progrès pour le droit en général.

V

Telle est, à notre sens, la nouvelle direction dans laquelle il convient d'orienter désormais les études de

droit ainsi que la nouvelle conception qu'il y a lieu de se faire de l'interprétation et de la Codification dans l'avenir.

Cette triple réforme une fois opérée dans l'enseignement, dans la jurisprudence et dans les Codes, la loi traduira enfin les véritables nécessités sociales ainsi que le sentiment de justice auquel aspire notre temps. La loi aura de la sorte cet assentiment moral, sans lequel les règles de droit ne sauraient être véritablement efficaces. Loi, justice et équité deviendront ainsi, dans la mesure du possible, synonymes et législateurs, jurisconsultes et juges contribueront chacun pour leur part à réaliser le but du droit privé : régler les relations entre individus conformément aux nécessités matérielles et aux idées morales de l'état social contemporain.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

PRÉFACE I

INTRODUCTION. 1

PREMIÈRE PARTIE

La codification française. Ses bases. Ses principes. Son action.

CHAPITRE PREMIER. — Influence des doctrines philosophiques du XVIIIe siècle sur la législation française de l'époque révolutionnaire. 3

CHAPITRE II. — Influence des doctrines philosophiques et économiques du XVIIIe siècle sur les bases et les principes qui ont servi à l'élaboration de la codification actuelle . . . 14

CHAPITRE III. — Influence sociale de la codification, principalement en ce qui touche au droit positif. 34

CHAPITRE IV. — Influence de la codification sur la philosophie du droit privé et sur la science juridique en général. . . 41

CHAPITRE V. — Influence de la codification du droit civil sur les sciences politiques 47

CHAPITRE VI. — Influence de la codification française sur la législation des pays européens et américains 52

CHAPITRE VII. — Bases et principes des législations non codifiées. Le droit anglais 60

CHAPITRE VIII. — Droit codifié et droit anglais 66

DEUXIÈME PARTIE

Réaction contre les principes et les effets de la codification

CHAPITRE PREMIER. — Le droit privé codifié devant l'opinion au cours du XIXe siècle 73

CHAPITRE II. — Tentatives de rénovation des études de droit privé 83